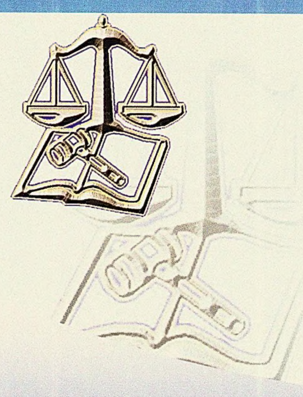
فلسفة القانون

مفهوم القانون وسريانه



تأليف

البروفيسور

روبرت ألكسي

Prof. Dr. Robert Alexy



تعريب

الدكتور كامل فريد السالك

Dr. C. Salek

منشورات الحلبي الحقوقية





فلسفة القانون

مفهوم القانون وسريانه

تأليف
البروفيسور
روبرت ألكسي
Prof. Dr. Robert Alexy

تعريب
الدكتور كامل فريد السالك
Dr. C. Salek

منشورات الحلبي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL- HALABI

LEGAL – PUBLICATIONS

الطبعة الثانية

2013



منشورات الحلبي الحقوقية

فرع أول: بناية الزين- شارع القنطاري

قرب تلفزيون إخبارية المستقبل

هاتف: 364561 (1-961+)

هاتف خليوي: 640821 - 640544 (3-961+)

فرع ثانٍ: سوديكو سكوير

هاتف: 612632 (1-961+)

فاكس: 612633 (1-961+)

ص.ب. 11/0475 بيروت- لبنان

E – mail elhalabi@terra.net.lb

www.halabi-lp.com

To

my father Farid Salek†

and my Prof. Dr. Eckahrd Horn†



مقدمة الطبعة الثانية

ظهرت الطبعة الأولى لهذا الكتاب باللغة الألمانية عام 1992، وأعيد طباعته حتى الآن خمس مرات، كان أخرها عام 2011. وقد ترجم حتى الآن إلى اللغات الإنكليزية والإسبانية والإيطالية والبرتغالية والرومانية والسويدية والسلوفاكية والروسية والكورية. وأما الترجمة العربية هذه، فقد انجزت نهاية عام 2001، ونشرت في بيروت سنة 2006. وبعد نفاذ الطبعة الأولى، بات من اللازم إعادة طباعتها، وذلك من أجل أن يتمكن المهتمون بموضوع هذا الكتاب من إقتناء نسخة منه. وبعد إستشارة مؤلف الكتاب، والحصول على موافقته، قررت بالإتفاق مع دار النشر إعادة طبع الكتاب، ووضعه بين يدي القارئ العربي الكريم، بعد تصويب بعض الأخطاء، ولا سيما المطبعية منها، وتنقيح بعض العبارات، وتبسيط بعض المفاهيم، وإضافة بعض الإيضاحات، وذلك دون تغيير في المحتوى. ولا أقول إني قدمته صورة طبق الأصل عن طبعته السابقة، بل لقد بدا لي في مواضع منه رأي في الترجمة وجدته أولى، فبدلته على النحو الذي بدا لي أفضل، وأقرب إلى الفهم. كما قمت بتوسيع الملحق، بشكل يحقق الغرض على نحو أفضل.

إني إذ أقدم هذه الطبعة الجديدة، أسأل الله أن يحقق بها النفع والفائدة، وأن يكافئ خيراً جميع الذين ساهموا في إخراجها، ووضعها في متناول الباحثين والقراء العرب، وبشكل خاص الأستاذ الكبير وفيلسوف العصر الدكتور روبرت أليكسي، والعاملين في دار الحلبي لجهودهم الخيرة.



بقي أن أقول كلمة يمليها عليّ الضمير والوجدان، وهو أنه على الرغم من تقديري للجهد الفكري الرائع للأستاذ أليكسي في إثبات صحة مذهب القانون الطبيعي، وعلى الرغم من إيماني القاطع بصحة هذا المذهب، وبالأفكار القانونية والأخلاقية النيرة التي أحتواها هذا الكتاب القيم، وبأهمية العدالة بوصفها الغاية الجوهرية للقانون، والقيمة الأسمى في الحياة، فإنني أوكد من خلال تجربتي العلمية والعملية، وملاحظاتي اليومية، ولا سيما في ألمانيا، أن هذه الأفكار ما زالت بعيدة المنال، وأن السواد الأعظم من البشر ما زال يعيش في ظل أفكار وضعية تمييزية ظالمة، وأحياناً عنصرية مقيتة، وأن القانون لم يعد أداة يساء إستخدامها من أجل تكريس سلطة الحاكمين على المحكومين، والأقوياء على الضعفاء، والأغنياء على الفقراء، كما تدلنا تجارب الأمم في مختلف العصور فحسب، ولكنه أصبح مع الأسف أهم أدوات تحقيق التمييز بكل أشكاله، سواء على الصعيد الدولي، أو على الصعيد الوطني، وتحول إلى وسيلة لتكريس الظلم في حالات ليست قليلة، بدلاً من أن يكون أداة لتحقيق العدل دائماً.

ميونخ في 2012/8/15 الدكتور كامل فريد السالك

مقدمة

يطيب لي أن أضع بين رجال القانون والفلسفة والفكر في العالم العربي هذا المؤلف القيم في موضوع يكاد يكون جديداً ليس في مضمونه فحسب، بل وبطريقة تناوله وأسلوب عرضه، فضلاً عن مصطلحاته ولغته. لهذا لا بد من إحاطة القارئ علماً بأمور ثلاث: أولها يتعلق بالتعريف بمؤلف الكتاب وفكره، وثانيها يتصل بموضوع الكتاب وأسلوبه، وثالثها يتناول موضوع ترجمة الكتاب وتعريبه.

مؤلف الكتاب هو الأستاذ روبرت ألكسي، أستاذ القانون العام وفلسفة القانون في جامعة كريستيان ألبريشت في كيل، عاصمة دويلة شليزفيغ هولشتاين، إحدى دويلات ألمانيا الإتحادية. ولد عام 1945 في مدينة أولدنبورغ، درس الحقوق والفلسفة في جامعة توبنكن، ونال درجة الدكتوراه في الحقوق بمرتبة الشرف عام 1976. منح جائزة أكاديمية العلوم في غوتنغن في عام 1984 على مؤلفه "نظرّية الحجج القانونية"، ارتقى إلى مرتبة الأستاذية في القانون العام وفلسفة القانون في جامعة توبنغن عام 1984، بعد أن نشر مؤلفه "نظرّية الحقوق الأساسية". يترأسّ الآن إضافةً إلى عمله أستاذاً وعميداً في كلية الحقوق بجامعة كريستيان البريشت، الجمعية الألمانية للإتحاد الدولي لفلسفة القانون والإجتماع.

الأستاذ ألكسي أستاذ مبدع ومحاضر بارع، صاحب مذهب فكري أخلاقي، ونظرية فلسفية لها الكثير من مؤيّديها في كل أنحاء العالم، ويعتبر بحق من أفضل

فلاسفة القانون المعاصرين، ليس في ألمانيا وأوروبا فحسب، بل في العالم أجمع أيضاً.
ولم تقتصر مساهمات الأستاذ ألكسي على الجوانب الفلسفية القانونية، بل امتدت إلى تطوير القانون الدستوري الألماني، وتدعيّم نظريّاته، وإرساء قواعده على أسس قانونية علمية راسخة.

للأستاذ ألكسي مؤلّفات عديدة، ترجمت إلى أكثر من عشر لغات مختلفة، في مقدمتها الإنكليزية والفرنسية والإسبانية والإيطالية، أهمها نظرية الحجج القانونية (Theorie der juristischen Argumentation, 1978)، ونظرية الحقوق الأساسية (Theorie der Grundrechte, 1986)، وكتابه هذا مفهوم القانون وسريانه (Begriff und Geltung des Rechts, 1992) الذي نقدمه اليوم للقارئ العربي، والذي يمكن من خلاله الإطلاع على بعض جوانب فلسفة الأستاذ روبرت ألكسي.

هذا عن المؤلف، وأما الكتاب فيتناول بحث العلاقة بين القانون والأخلاق، فالمذهب الوضعي يّدعي بأنه يجب الفصل بينهما، فسواء مفهوم القانون أو مفهوم تطبيق القانون يجب أن يعرّفا بمعزل عن الأخلاق. يحاول الأستاذ ألكسي هنا أن يثبت أن هذه الفرضّية خاطئة، فهناك إرتباط مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق أولاً، وأنّ الأسباب المعياريّة تشير ثانياً إلى أنّ مفهوم القانون من جهة، ومفهوم سريانه من جهة ثانية يجب أن يعرّفا بحيث يحتويان عناصر أخلاقية. ولهذا السبب يرى الأستاذ ألكسي بحق بأنّ المذهب الوضعي يجب أن ينتهي بوصفه نظريّة شاملة للقانون.

قُسِّم الكتاب إلى أربعة أبواب. في الباب الأول عرض المؤلف المشكلة الأساسية في الجدل حول مفهوم القانون، والتي تكمن في العلاقة بين القانون والأخلاق. فبدأ باستعراض الموقفين الأساسيين المتقابلين: موقف المذهب الوضعي، الذي يتبنى فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق، والتي تدعي بأن مفهوم القانون يجب أن يعرف بحيث لا يتضمن في محتواه عناصر أخلاقية، وموقف المذهب اللاوضعي أو مذهب القانون الطبيعي، الذي يتبنى فرضية الإرتباط بين القانون والأخلاق، والتي تقضي بأن مفهوم القانون يجب أن يتحدد بحيث يحتوي في مضمونه عناصر أخلاقية، ثم بيّن الأبعاد العملية لهذا الخلاف. فالحقيقة أن الخلاف ليس خلافاً نظرياً بحتاً أو مجرد ترف فكري، أنه ينطوي حقاً على نتائج عملية بالغة الأهمية، وهذا يتضح في الواقع العملي في أحكام القضاء، ولا سيما في حالتين رئيستين حالة مجافاة النص القانوني للعدالة، وحالة قصور النص القانوني. وقد استعراض المؤلف هاتين الحالتين على خلفية قرارين شهرين للمحكمة الدستورية الإتحادية العليا في ألمانيا.

في الباب الثاني تناول المؤلف موضوع "مفهوم القانون"، وقسمه إلى ثلاثة فصول، حيث مهد الفصل الأول للفصلين التاليين، فقي الفصل الأول حدد العناصر الرئيسة في مفهوم القانون وهي: الشرعية الشكلية، والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية ، والعدالة، وأبرَّز نقطة الخلاف بين أصحاب المذهب الوضعي، وأصحاب المذهب الطبيعي، فالذين لا يولون أية أهمية لعنصري الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية، ويعولون فقط على العدالة، يتبنون مفهوم القانون الطبيعي. أما الذين يولون الأهمية لعنصري الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية أو لأحدهما،

ويهملون عنصر العدالة فيتبنون مفهوم القانون الوضعي المجرد. وبين هذين الإتجاهين المتعارضين هناك اتجاهات وسطية. ومما يستدعي الإ نتباه هنا، أن المؤلف يبحث في مفهوم القانون بطريقة تحليلية، مقتفياً منهج المدرسة التحليلية في علم القانون، التي أسسها الأستاذ اوستين، وأرسى بنيانها الأستاذ هارت في إنكلترا.

يتابع المؤلف في الفصل الثاني منهجه التحليلي، فيعرض المفاهيم الوضعية المختلفة إنطلاقاً من أن الوضعيين يشترطون عنصرين رئيسين في تعريف القانون، هما الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية. وطالما أن عنصري التأثير الإجتماعي والشرعية الشكلية يمكن الملاءمة بينهما بطرق مختلفة، ويمكن أيضا أن يُفسَّر كل منهما تفسيرات مختلفة، فسينشأ بذلك تعاريف ومفاهيم وضعية متعددة للقانون، يجتهد المؤلف في إدراجها تحت اتجاهين رئيسين: الأول يعطي الأولوية في تعريف القانون لعنصر التأثيره الإجتماعي، والثاني يجعل الأولوية لعنصر الشرعية الشكلية.

في الفصل الثالث والأخير من هذا الباب، والذي يعتبر لب الكتاب وجوهره، ينتقل المؤلف إلى نقد المذهب الوضعي، ويحاول أن يثبت عدم صوابيته. فيحدد أولاً ما يجمع بين المفاهيم الوضعية للقانون، أي فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق. ولكن هل يمكن إعتبار فرضية الإنفصال مسألة مسلماً بها؟ هل يعتبر مفهوم القانون الوضعي بحد ذاته ملائماً على الإطلاق؟ يبدأ المؤلف بدحض هذا الفرضية، وإثبات الفرضية التي تقضي بوجود إرتباط حكمي مفهومي معياري بين القانون والأخلاق. ولكن كيف يمكن إثبات مثل هذه الفرضية التي ما أنفك النقاش

حولها منذ أكثر من آلفي سنة؟ هنا يبدي المؤلف دقة علمية متناهية عندما يلاحظ بأن الجدل حول العلاقة بين القانون والأخلاق، يدور حول فرضيات كثيرة مختلفة، وأن فشل النقاش قد يكمن في أن المشتركين فيه لم يعرفوا بأن الفرضية التي يدافعون عنها، هي من نوع آخر تماماً عن تلك المطروحة في النقاش، بحيث أهم لا يتفهمون بعضهم البعض، الواحد يدور في الغرب والآخر يدور في الشرق. فبعضهم يعني بالقانون مفهوم القانون المقيد السريان، والأخر يعني القانون الحر السريان، بعضهم يقصد بالقانون نظاماً من القواعد، الأخر يعني نظاماً من أصول استخراج هذه القواعد، البعض يعني بالقانون كما يبدو للمراقب، والأخر يعني بالقانون كما يبدو للمشترك، البعض يعني بعلاقة الإرتباط بين القانون والأخلاق علاقة إرتباط تصنيفي، والأخر يعني علاقة إرتباط نوعي، البعض يعني علاقة إرتباط حكمي مفهومي، والأخر يعني علاقة إرتباط حكمي معياري. من هنا يتضح أنه يمكن أن يفهم من الفرضية القائلة: أن بين القانون والأخلاق إرتباط حكمي، معاني مختلفة جداً. مما يؤكد بأن الجدل حول العلاقة الضرورية بين القانون والأخلاق، يدور حول فرضيات كثيرة مختلفة. ولما كان تفحص هذه الفرضيات كل على حدا أمراً شاقاً، حاول المؤلف تحديد موضوع النقاش، وفي هذا السياق يتجلى تأثر المؤلف بعلم المنطق، وبفلسفة أرسطو على وجه التحديد، لقد قال فولتير: "إذا كنت ترغب في التحدث معي، فعرف ما تقول، وحدد قولك"، فكم من نقاش قد ينكمش، لو تجرأ المتناقشون على تحديد موضوعهم وعباراتهم وجملهم، هذا هو الأول والأخر في علم المنطق، وقلبه وروحه، كما يرى أرسطو. وتأسيساً عليه فقد اجتهد المؤلف، بغية حصر النقاش، في حصر الفرضيات الممكنة، فيرى أنه لا أهمية فيما يخص النقاش

حول مفهوم القانون، إذا عنينا بالقانون القانون مطلق السريان أو المقيد السريان، فمن مفهوم القانون يستخلص أنه يحتوي فكرة السريان. ويرى أنه يمكن أيضا تسهيل الأمر بأن يعتمد التفريق بين منظور المراقب وبين منظور المشترك، وأما الفوارق الأخرى فيدرجها تحت هذا التقسيم، وينطلق على هذا الأساس للتحقق أي الفرضيتين هي الصحيحة: فرضيه الإرتباط بين القانون والأخلاق أم فرضية الإنفصال، تارة من منظور المراقب وتارة من منظور المشترك، مرة يتفحص النظام القانوني ككل، ومرة أخرى القواعد القانونية المنفردة. وينتهي إلى أن فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق الذي يعتنقها المذهب الوضعي صحيحة في جوهرها وفقاً لوجهة نظر المراقب، سواء ما يتعلق بالنظام القانوني أو فيما يتعلق بالقواعد القانونية المنفردة. وأما من وجهة نظر المشترك مثل القاضي وهذا هو الأهم، فتبدو فرضية الإنفصال غير صحيحة وعلى العكس من ذلك تبدو فرضية الإرتباط هي الصحيحة. ولإثبات ذلك يستعين بثلاث حجج هي حجة العدالة وحجة الظلم والحجة المبدئية.

تقضي حجة العدالة بأنه لا بد من أن يدعى بمراعاة العدالة سواء فيما يتعلق بالقاعدة القانونية المنفردة أو القرار القضائي المنفرد أو فيما يتعلق بالنظام القانوني ككل. فالنظام القانوني الذي لا يعلن بشكل صريح أو ضمني مراعاة العدالة ليس نظاماً قانونياً. وأما النظام القانوني الذي يعلن هذا الحق ولكنه لا يحققه فهو من الناحية القانونية نظام قانوني ناقص. ولإثبات هذا الإدعاء يضع كل الفرضيات التي يمكن أن ترد في هذا الإطار ويبدأ بإثبات خطأها ليصل إلى إثبات هذه المقولة مقتفياً بذلك طريقة كانت ومنهجه الفلسفي.

وأما فيما يتعلق بحجة الظلم يتناول المؤلف هذه الحجة أولاً فيما يتعلق بالقواعد القانونية المنفردة، وثانياً فيما يخص النظام القانوني ككل. ففيما يتعلق بالقواعد القانونية المنفردة يستعرض المؤلف مواقف المؤيدين والمخالفين في إطار ثمان إختلافات يطلق عليها تعبير ذرائع، على إعتبار أن موضوع الإختلاف يمكن النظر إليه من زاوية أطرافه على أنه ذريعة أو مسلمة، فالمؤيدون يعتبرون رأيهم مسلمة ورأي مخالفيهم ذريعة والعكس بالعكس. وفي هذا الإطار يستعرض المؤلف الذرائع التي قدمها هذا الطرف أو ذاك في هذا السياق وهي: الذريعة اللغوية وذريعة الوضوح وذريعة الفاعلية وذريعة الثقة بالقانون والذريعة النسبية وذريعة الديمقراطية وذريعة اللاضرورة والذريعة النزيهة، فيعرض الرأي من وجهة نظر الوضعيين ثم يبدأ بدحضه، متأثراً بالأسلوب الفلسفي الذي اشتهر فيه القديس توما أكويني،[1] بطرح الفرضية ثم بيان ما يؤيدها وما يخالفها (Pro contra) ثم الترجيح بينهما. ويلاحظ هنا أن المؤلف يستخدم مصطلحات مختصرة، قد تبدو مبهمة للتعبير عن مضامين هذه الذرائع، وهو الأسلوب الذي نهجه المؤلف على طول الكتاب والذي يستطيع القارئ تلمسه من الصفحة الأولى، ولعل أسلوب الإيجاز هو الذي دفع المؤلف إلى إستخدام مصطلحات تبدو في غاية الإبهام للوهلة الأولى. وأما ما يتعلق بالنظام القانوني فيثور التسائل فيما إذا كان يتمخض عن الظلم الصارخ وعدم مراعاة العدالة نتائج تمس النظام القانوني برمته، أم تقتصر على مجموعة من النتائج المجردة التي تمس القواعد القانونية الممعنة في الظلم فحسب. إن النظام القانوني يفقد طابعه القانوني عندما يكون جائراً على وجه الإجمال. وهذه العبارة يمكن أن تفهم بأوجه

---

(1) للإطلاع على نبذة عن القديس توما أكويني، أنظر ملحق الكتاب.

مختلفة. وهنا يتناول المؤلف تفسيرين أو فرضيتين: فرضية الإشعاع وفرضية الهدم. تقول فرضية الإشعاع بأن الطابع القانوني المعيب لمحتوى قاعدة أساسية في النظام القانوني يؤثر على كل القواعد القانونية للنظام القانوني برمته ويشع طابع النقص على هذه القواعد. وأما فرضية الهدم فتقول بأن النظام القانوني يفقد طابعه القانوني إذا كان جائراً جوراً كبيراً بصورة عامة وبالتالي سيتداعى. يناقش المؤلف هاتين الفرضيتين ويخلص إلى أن تطبيق حجة الظلم لا يؤدي إلى نتائج بالنسبة إلى النظام القانوني ككل كتلك التي تنتج من تطبيقها على القاعدة القانونية المنفردة.

وأما الحجة المبدئية فتقول بأن القاضي مرتبط بالقانون الصادر أصولاً والنافذ حتى في مجال ما يسمى بالمنطقة المفتوحة (open texture). أي في مجال المنطقة التي يجب فيها الإجتهاد، فكل قانون وضعي، كما يقول هارت بناء مفتوح (open texture)، فالقانون ليس بناء مغلق وأسباب ذلك كثيرة. من أهمها غموض لغة القانون، إمكانية مخالفة النصوص، نقص النصوص القانونية وإمكانية الحكم خلافاً لمنطوق نص قانوني ما في بعض الحالات الخاصة. ولما كنا في مجال المنطقة المفتوحة، ولأن القانون الوضعي هو القانون فحسب، فعلى القاضي أن يحكم في المجال المفتوح أي في الحالات المشكوك فيها بالإستناد إلى معايير غير قانونية أو خارجة عن نطاق القانون. فأساس الحجة المبدئية يعكس الفرق بين القواعد والمبادئ، والطريق من هذا التفريق القانوني النظري إلى الإرتباط الحكمي بين الأخلاق والقانون يمر بثلاث فرضيات هي: فرضية الإحتواء وفرضية العدالة وفرضية الأخلاق: تقول فرضية الإحتواء بأن كل نظام قانوني يحوز على الأقل حد أدنى من التطور يتضمن بعض المبادئ الأساسية، على أن القول بأن كل الأنظمة القانونية التي لديها حد أدنى من

التطور تحتوي على قواعد جوهرية على شكل مبادئ لا يستتبع القول أن هناك إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق. فبإمكان أصحاب القانون الوضعي أن يقولوا بأن إحتواء هذه المبادئ يستند على القانون الوضعي، وهذا يكمن أولاً في أن المبادئ وطبقاً لفرضية الإحتواء هي عناصر أساسية في النظام أي تكون جزء من هذا النظام، وثانياً وطبقاً للفرضية الأخلاقية من الضروري وجود مثل هذه المبادئ التي تنتمي إلى أي أخلاق. هذه الخصيصة المزدوجة التي تفترض التبعية الضرورية في وقت واحد للقانون والأخلاق تعني أن قرار القاضي في الحالات المشكوك فيها يكون مختلفاً عما يجري طبقاً للمذهب الوضعي. ولأن مضمون المبادئ يتجسد في القانون طبقاً للمبادئ الأخلاقية، يحكم القاضي الذي يستند على هذه المبادئ طبقاً للمعايير الأخلاقية. وبالتالي فالحجة المبدئية تقود إلى إرتباط حكمي بين القانون وأي أخلاق. وهذا ليس كافياً. إذا أردنا الحديث عن إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق، لأننا نعني بشكل دائم علاقة إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق السامية وهذا ما تبينه فرضية العدالة.

الباب الثالث يتناول سريان القانون وقد قسمه المؤلف إلى ثلاثة فصول. في الفصل الأول بحث موضوع المفاهيم المختلفة للسريان وهي مفهوم السريان الإجتماعي ومفهوم السريان القانوني ومفهوم السريان المثالي للقانون على خلفية العناصر المتقدمة للمفهوم القانوني: التأثير الإجتماعي والشرعية الشكلية والعدالة. وفي الفصل الثاني تعرض لحالات تنازع المفاهيم المختلفة للسريان القانوني والإجتماعي والأخلاقي، سواء بالنسبة للنظام القانوني ككل أو بالنسبة للقواعد المنفردة. وفي الفصل الثالث والأخير من هذا الباب بحث ما يسمى بالقاعدة

الأساسية. بوصفها الأداة الهامة لحل المشكلة المتضمنة في مفهوم السريان القانوني بالمعنى الضيق. وتناول أنواعها المختلفة فميز بين ثلاثة أنواع من القواعد الأساسية: القاعدة الأساسية التحليلية والقاعدة الأساسية المعيارية والقاعدة الأساسية التجريبية.

وأما الباب الرابع فقدم نتاج الدراسة على شكل إقتراح لتعريف القانون يربط بشكل نظامي عناصر الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي والعدالة. ولأن العدالة تنطلق من معايير أخلاقية فإن هذا المفهوم هو إذن مفهوم المذهب الطبيعي للقانون.

ولا يخفى ما في هذا البحث من الصعوبة حيث أنه ينطوي بحق على خلاصة الأفكار القانونية الفلسفية بأسلوب علمي رصين وأمانة علمية متميزة ومحاجة قانونية قل نظيرها.

أما الأمر الثالث الذي نود أن نحيط القارئ به فهو موضوع ترجمة هذا الكتاب وتعريبه. فمن المعلوم أن اللغة الألمانية لغة مختلفة في تراكيبها وقواعدها عن اللغة العربية، وهذا يتطلب من المعرب أن يحاول دائماً أن يجمع عند التعريب بين حسن السبك والحفاظ على المعنى من جهة وبين الأمانة العلمية التي قد تقيد إجتهاده في بعض الأحيان من جهة أخرى، ولاسيما أنه يتعامل مع نص قانوني فلسفي. أضف إلى ذلك أن هناك تعابير ليس لها مرادفاً دقيقاً تماماً في اللغة العربية، كما أن هناك تعابير ينصرف المرادف الحرفي فيها باللغة العربية إلى معنى غير الذي يعنى به باللغة الألمانية أو إلى معنى مبهم ومختلف تماماً. ما يجعل مجال الإجتهاد مفتوحاً. فإذا

علمنا أن الفقه القانوني العربي لم يسبق له أن تعرض لدراسة القانون الألماني من قبل أو ترجم المصطلحات القانونية الألمانية تبين مدى الجهد الذي بذله المعرب ليقرب المعنى للقارئ العربي بلغته، وهذه لعمري مهمة وطنية وقومية أعتز بحملها وأزهو.

و لم يقتصر الأمر على هذا فقد وجدت أنه من الضروري إضافة بعض المواد العلمية القانونية التي استشهد بها المؤلف سواء كانت مواد قانونية أو قرارات قضائية لمساعدة القارئ على فهم مقاصد المؤلف وأفكاره. وقد أوردت هذه الإضافات في الحاشية حفاظاً على جوهر النص الأصلي وميزتها عن حاشية المؤلف بإشارة نجمة (*) أو نجمتين (**) أو ثلاث (***) حسب الحال. ولجئت إلى إيراد المواد القانونية والإقتباسات في الحاشية ليتمكن القارئ الملم باللغات الأجنبية من مقارنة النص المعرب بمقابله في اللغة الأم والإطلاع مباشرة على النص بلغته الأصلية.

ولما كان كثير من علماء الفلسفة والقانون الذي استشهد بهم المؤلف غير معروفين بشكل واسع في العالم العربي فقد ذيلت الكتاب بملحق أنطوى على أبرز أعلام فلسفة القانون في العالم، مرتباً ترتيباً تاريخياً لما في ذلك من أهمية في معرفة التطور التاريخي للنقاش حول مفهوم القانون. وقد رجعت لإعداد هذا الملحق إلى مراجع علمية رصينة باللغة الإنكليزية والألمانية والفرنسية، وكثيراً ما استقيت المعلومات من مصادرها الأصلية المبسوطة في مؤلفات علماء فلسفة القانون أنفسهم، ولكنني لجئت أحياناً أخرى لإستقاء المعلومات من الكتب والأبحاث الذي وضعها علماء كبار حول هؤلاء الفلاسفة مشهود لهم بالعلم والتميز، كما استعنت بالموسعات الفلسفية الموثوقة.

ولا يفوتني في النهاية إلا أن أقدم الشكر الجزيل إلى الذين ساهموا بشكل مباشر أو غير مباشر في إخراج هذا البحث، والتي لولا مساهماتهم ومؤازرتهم لما كان يمكن أن يخرج هذا المؤلف باللغة العربية إلى الوجود.

وأني إذ أقدم باعتزاز هذا المؤلف إلى رجال القانون والفلسفة والفكر في العالم العربي، أسأل الله عز وجل أن يجعل منه عوناً لهم في فهم هذا العلم الرفيع، وحافزاً لهم للبحث والإستقصاء في نظريات علماء القانون وفلاسفته، ويقيني أن هذا الكتاب يعتبر بحق منطلق لا بد منه لفهم هذا العلم والتعمق فيه. والله أسأل أن يتم النفع به. ملتمساً من القارئ الكريم أن لا يبخل علي بأي نقد أو تصويب فأنا بشر فالكمال لله تعالى وحده عليه أتكل واليه أنيب فهو حسبي ونعمة الوكيل.

كيل في 2001/12/24 كامل فريد السالك

الباب الأول

مشكلة المذهب الوضعي

Das Problem des Rechtspositivismus



الفصل الأول

الموقفان الأساسيان في مفهوم القانون
Die Grundpositionen

إنّ المشكلة الأساسية في الجدل حول مفهوم القانون تكمن في العلاقة بين القانون والأخلاق. فعلى الرغم من نقاش يرجع إلى أكثر من ألفي عام [1] يوجد الآن كما في السابق موقفان أساسيان متقابلان هما موقف المذهب الوضعي وموقف المذهب اللاوضعي أو مذهب القانون الطبيعي.

فكلّ النظريات الوضعية تتبنّى فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق Die Trennungsthese. هذه الفرضية تدعي بأن مفهوم القانون يجب أن يعرف بحيث لا يتضمن في محتواه عناصر أخلاقية. وتستلزم فرضية الإنفصال هذه عدم وجود إرتباط مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق، بين ما يفرضه القانون وبين ما تتطلّبه العدالة، بين القانون كما هو كائن وبين القانون كما يجب أن يكون.

---

(1) على سبيل المثال يمكن أن نذكر سؤال ارحميدس Alkibiades لبيريكلس Perikles التي رواه زينوفان Xenonphon: عندما يستولي طاغ على العرش ويفرض على المواطنين ما يجب عليهم أن يفعلوا فهل هذا قانون؟ (زينوفان Xenophon 1917 : ص 16) من المؤكد أنه عندما يفهم اليوم من تعبير القانون، القواعد النافذة قانوناً، فسترد أجوبة مختلفة.

لقد جسد أحد أبرز مؤيدي المفهوم الوضعي الأستاذ الكبير هانس كلسن هذه الفرضية بالعبارة التالية: "إنّ أي محتوى يرغب به يمكن أن يكون قانوناً".[1]

وتبعا لذلك فإنّ المفهوم القانوني الوضعي ينطوي على عنصرين تحديديين فقط هما: عنصر الشرعية الشكلية Das Element der Ordnungsgemaessen oder der autoritativen[2] Gesetztheit* وعنصر التأثير الإجتماعي أو الفاعلية Das Element der sozialen Wirksamkeit ** وإن الأشكال المتعددة للمذهب

---

(2) كلسن Kelsen 1960 ص 201. وللإطلاع على نبذة عن حياة هذا الفيلسوف، وأهم أعماله العلمية ومؤلفاته، وأبرز الأفكار القانونية في فلسفته، أنظر ملحق هذا الكتاب.

(3) إن تعبيري "Ordnungsgemaesse" و "autoritative" يمكن أن يستعملا كمترادفين أو لا...الخ (الحاشية غير مهمة للقارئ العربي أوردنا مطلعها حفاظاً على الأمانة العلمية).

* رأينا أن نترجم كلمة Gesetztheit الألمانية والتي تقابل الكلمة الإنكليزية enactment والفرنسية Confecation بالشرعية الشكلية خلافاً للترجمة الحرفية التي تعني "سنّ أو تقنين"، فالمعلوم انه لا بد لإعتبار قاعدة ما تشريعاً من الناحية الشكلية من توافر عنصرين رئيسيين هما: صدورها عن السلطة التشريعية المختصة من جهة وإتباعها أصولاً معينة في تكونها لا يتم بدونها إعتبارها ووجودها من جهة ثانية (مراحل سن التشريع). إن قاعدة ما يمكن أن تصبح قانوناً أو تسن بطرق مختلفة. ولعل أسهل الطرق هو صدورها على شكل أمر من الحاكم (الإمبراطور)، أما الطريق الأكثر تعقيدا فهو صدورها عن البرلمان (مجلس الشعب أو المجلس النيابي أو مجلس الأمة). ولكن القاعدة يمكن أن تصبح، عن طريق إبرام عقد، قانوناً يربط طرفيه. وفي كل حالات سن التشريع تصاغ قاعدة ما من سلطة معينة بقصد وضعها موضع التطبيق.

** تكون القاعدة القانونية مؤثرة أو فعّالة إجتماعياً عندما تتبع في الواقع مهما كانت أسباب إتباعها، أو يعاقب على عدم إتباعها: فالتأثير الإجتماعي للقواعد القانونية يمكن أن تستند إلى دوافع متعددة: إما للاقتناع بصحتها من الناحية الأخلاقية أو لمجرد توافقها أو ملاءمتها أو للخوف من العقوبة، ... »

الوضعي[4] تنشأ من تباين التفسيرات لهذين العنصرين والإختلاف في تقدير أهميتهما. وفيما يتعلق بهذين العنصرين [5] معاً فإن ما هو قانون يتحدد فقط بما يسن، أي بما يحوز الشرعية الشكلية أو بما يكون فعالاً، أي بما يحوز التأثير الإجتماعي، أو بما يسن ويكون فعالاً، وبالتالي فليس مهماً أن يكون مضمونه صحيحاً أم باطلاً.

في مقابل ذلك تتبنى النظريات غير الوضعية فرضية الإرتباط بين الأخلاق والقانون Die Verbindungsthese. هذه الفرضية تقضي بأن مفهوم القانون يجب أن يتحدد بحيث يحتوي في مضمونه عناصر أخلاقية. وفي هذا فإنه لا أحد من مؤيدي المذهب اللاوضعي يخرج من مفهوم القانون عنصري الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي. فالذي يميز اللاوضعيين أو الطبيعيين إذن هو رأيهم بأن مفهوم القانون يجب أن يتحدد بحيث يتضمن بالإضافة إلي هذين العنصرين اللذين يستمدان من الواقع عناصر أخلاقية. وفي الواقع فإن تباين التفسيرات وإختلاف التقديرات لهذه العناصر أمر ممكن.

... » ولا يعني العقاب هنا أن كل مخالفة لقاعدة تستوجب العقاب، ولكن يكفي لتأييد عدم إتباع قاعدة ما أن ينشأ خطر المعاقبة.

(4) قارن أوت Ott، س 1976، ص 33 – 98.

(5) قارن دراير Dreier، س 1991، ص 96.

الفصل الثاني

المغزى العملي للنقاش حول المذهب الوضعي للقانون

Die praktische Bedeutung des Streits um den Rechtspositivismus

إن الخلاف حول مفهوم القانون هو خلاف حول ماهية القانون أي ما هو القانون. لدى كل رجل قانون تصور واضح إلى حد ما حول القانون يتضح له في التطبيق العملي. إن مفهوم القانون المرتكز على التطبيق القانوني العملي يكون مفترضاً عموماً وبشكل بدهي، ويعتبر من قبيل التزيد في الحالات الإعتيادية، وإن كان حلها موضع شك، التفكير في مفهوم القانون. ويكون الأمر بخلاف ذلك في الحالات غير الإعتيادية، حيث يطرح فيها مفهوم القانون الكائن خلف كل تطبيق قانوني ويصبح مشكلة ملحة. وهذا يتضح من خلال قرارين للمحكمة الدستورية الإتحادية في ألمانيا:

المبحث الأول

النص القانوني الجائر

(الظلم القانوني Gesetzliches Unrecht)

يتناول القرار الأول- قرار الجنسية لعام 1968- مشكلة جور النص القانوني (الظلم القانوني Gesetzliches Unrecht)، فالمادة الثانية من اللائحة رقم 11 للقانون المدني للرايخ (الإمبراطورية الألمانية) الصادرة بتاريخ 25 / 11/ 1941 كانت تنص على حرمان اليهودي المهاجر لأسباب عرقية الجنسية الألمانية.* وكان على

المحكمة الدستورية الإتحادية أن تقرر طبقاً لهذه المادة فيما إذا كان يقتضي حرمان المحامي اليهودي الذي هاجر إلى هولندا (أمستردام) قبل الحرب العالمية الثانية بفترة وجيزة من الجنسية الألمانية (حيث كان النزاع يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على تركة المحامي اليهودي، ولما كان تحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على تحديد جنسية المورث عند وفاته، فقد كان على المحكمة أن تقرر فيما إذا كان اليهودي ما يزال يحمل الجنسية الألمانية أم أنه فقدها طبقاً لنص اللائحة المذكور— المعرب). فقد رحل المحامي اليهودي هذا في عام 1942 من أمستردام ولم يعرف مصيره فيما بعد. ويتوقع أنه قد مات في تلك الأثناء، مما يعني عدم الحرمان من إمكانية إسترداد الجنسية طبقاً للمادة 116 الفقرة الثانية من الدستور الإتحادي.

وقد خلصت المحكمة الدستورية الإتحادية العليا إلى أن المحامي المذكور لم يفقد جنسيته الألمانية على الإطلاق لأن اللائحة رقم 11 للقانون المدني للرايخ تعتبر في

---

* تنص المادة الثانية من اللائحة رقم 11 للقانون المدني للرايخ § 2 der 11 Verordnung zum Reichesbuergergesetz تاريخ 1941/11/25 على ما يلي: يفقد اليهودي الجنسية الألمانية:
1- بمجرد العمل بهذه اللائحة، إذا كانت إقامته المعتادة عند العمل بهذه هذه اللائحة في بلد أجنبي.
2- بمجرد إنتقال الإقامة المعتادة إلى البلد الأجنبي، إذا اتخذ لاحقاً في البلاد الأجنبية مكان إقامة معتادة. وهذا نصها الأصلي:

Ein Jude verliert die deutsche Staatsangehoerigkeit
A) wenn beim Inkrafttreten der Verordnung seinen gewoehnlichen Aufenthalt im Ausland hat, mit dem Inkrafttreten der Verordnung;
B) wenn er seinen gewoehnlichen Aufenthalt spaeter im Ausland nimmt, mit der Verlegung des gewoehnlichen Aufenthaltes im Ausland (RGBI.I, S. 722)

الأساس معدومة (باطلة بطلانا مطلقا). وقد عللت المحكمة قرارها بالقول:

"لا القانون ولا العدالة تحت تصرف المشرع، فالتصور الذي يقضي بأن المشرع الدستوري يستطيع أن ينظم كل شي وفقاً لإرادته تبدو كأنها إرتداد إلى عقلية المذهب الوضعي التقديري الحر والذي هجر منذ زمن بعيد، سواء في علم القانون أو على صعيد الواقع. فمن عظات زمن النظام القومي الإجتماعي في ألمانيا (الحكم النازي) أن المشرع يمكن أن يضع قوانين جائرة أيضاً (مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية BVerfGE ج 3 ص 232). وعليه فقد وافقت المحكمة الدستورية الإتحادية العليا على إمكانية تجريد أحكام النصوص القانونية للنظام القومي الإجتماعي (الحكم النازي) من السريان لأنها تنافي المبادئ الجوهرية للعدالة بشكل صارخ، بحيث أن القاضي الذي يريد تطبيقها أو الإقرار بأثارها القانونية سوف يقضي بالباطل بدلاً من أن يحق الحق (مجموعة قرارات المحكمة الإتحادية الدستورية العليا BVerfGE ج 3 ص 119 و ج 6 ص 198). فاللائحة المذكورة تنافي هذه المبادئ الأساسية، وقد بلغت منافاتها للعدالة حداً لا يطاق، بحيث يجب أن تعتبر معدومة من أساسها (قارن قرارات المحكمة الإتحادية BGH المنشور في المجلة القانونية الإسبوعية الجديدة — قضاء التعويض Rechtssprechung zum Wiedergutmachungsrecht, RzW: Beil. Zur Neuen Jur. Wochenschrift لعام 1962 ص 563 وقرارات المحكمة الإتحادية — الغرفة المدنية BGHZ ج 9 ص 44 و ج 10 ص 342 و ج 16 ص 354 و ج 26 ص 93). ولا يمكن التسليم بأن اللائحة المذكورة قد إكتسبت قوة النفاذ بإعتبار أنه جرى العمل بموجبها لبعض السنين أو أن بعض الذين حرموا من الجنسية قبلوا من جهتهم

بالتدابير المتخذة من قبل النظام الإجتماعي القومي في حالة خاصة أو وافقوا عليها. ذلك لأن النص القانوني الظالم الذي يخرق المبادئ الأساسية للحق لا يصبح قانوناً لمجرد أنه طبق أو أتبع."[1]

هذه حجة تقليدية لا وضعية، أنها الحجة التقليدية لأنصار المذهب الطبيعي. فالقاعدة القانونية التي وضعت طبقاً للقانون، وحازت أثناء فترة سريانها التأثير الإجتماعي أو الفاعلية تفقد النفاذ أو الطابع القانوني ــ القرار ليس واضحاً في هذه النقطة ــ لأنها تخرق القانون الطبيعي.

وهنا يثور التساؤل فيما إذا كانت هذه الحجة في قرار الجنسية المذكور ضرورية، هل كان التعليل الذي قالت به المحكمة إلزامياً، ألم يكن في مقدورها أن تقيم النتيجة التي خلصت إليها في قرارها على أساس أن الإعتراف بالأثر القانوني للحرمان من الجنسية، يخالف مبدأ المساواة المكرس في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الدستور الألماني الإتحادي النافذ، وقاعدة عدم التمييز المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من الدستور الألماني النافذ؟*

---

(1) مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية BVerfGE، ج 23، ص 106

* تنص المادة الثالثة من الدستور الألماني Art. 3 GG النافذ على ما يلي:

1- الناس جميعاً متساوون أمام القانون

2- الرجال و النساء متساوون في الحقوق، وعلى الدولة أن تعمل من أجل تحقيق المساواة الفعلية في الحقوق بين الرجال والنساء وإزالة العوائق القائمة. 3- لا يجوز أن يضار أحد أو يميز بسبب جنسه أو سلالته أو عرقه أو لغته أو موطنه أو أصله أو عقيدته أو دينه أو آرائه السياسية. ... »

هذه الإمكانية تقلل من أهمية حجة اللاوضعيين الذين يعتنقون مذهب القانون الطبيعي في الحالة المقضي بها بقرار الجنسية ولكن لا تؤثر على معناها العام. فلا يوجد دائماً وفي كل الحالات التي تقرر فيها النتائج القانونية للنظام الظالم دستور مثل الدستور الألماني الإتحادي النافذ. علاوة على ذلك فهناك حالات المهم فيها هو فيما إذا كانت قاعدة ما معدومة في الأساس أم لا، مما لا يمكن معه أن تؤثر قواعد الدستور اللاحق. لنأخذ مثلاً قواعد قانونية لنظام جائر موضوعة طبقاً للقانون، وتحوز على التأثير الإجتماعي أو الفاعلية تفرض أساليب ملاحقة منافية للحقوق الأساسية للبشر أو تسمح بها.[1] ففيما إذا كان يمكن معاقبة الأشخاص الذين تصرفوا وفقاً لقوانين النظام الظالم بعد سقوط هذا النظام يعتمد – إذا لم يكن يسمح بالأثر الرجعي للقانون – حقاً على القول فيما إذا كانت القواعد الجائرة التي يعتمدها النظام الجائر في الأساس معدومة أو لا.

»... ولا يجوز أن يضار أي شخص لكونه معوق." وهذا نصها باللغة الألمانية:

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

(2) Maenner und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat foerdert die tatsaechliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Maennern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.

(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religioesen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

نود أن نلفت نظر القارئ الكريم إلى أن القرار المشار إليه قد صدر في عام 1968 أي في ظل سريان الدستور الإتحادي النافذ – المعرب

(1) قارن قرار المحكمة الإتحادية العليا الألمانية – الغرفة الجزائية BGHSt، ج 2، ص 174 وما بعدها.

المبحث الثاني

مخالفة منطوق النص

(تكميل القانون Rechtsfortbildung)

القرار الثاني، هو قرار الحكم بما يخالف النص القانوني (تكميل القانون Rechtsfortbildung) لعام 1973، يدور حول مشروعية مخالفة منطوق النص القانوني، وبمعنى أخر حول مشروعية الحكم المخالف لنص القانون. فطبقاً للمادة 253 من القانون المدني الألماني* لا يجوز الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار غير المادية (الأضرار المعنوية) إلا في حالات ضيقة محددة قانوناً، على أن المحكمة الإتحادية لم تتقيد بهذه القاعدة القانونية، فمنذ عام 1958 حكمت في حالات كثيرة بالتعويض النقدي عند المساس الخطير بالحق في الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية). فقد كانت تدور إحدى الحالات المقضي بها حول مقابلة مبتدعة نشرتها مجلة أسبوعية تمس الشوؤن الخاصة لمطلقة شاه إيران السابق، الأميرة ثريا. وقد حكمت المحكمة الإتحادية للأميرة ثريا بتعويض قدره خمسة عشر ألفاً من الماركات الألمانية لقاء الأضرار المعنوية التي لحقت بها من جراء هذه المقابلة. خلافاً لنص المادة 253 من

---

* تنص الفقرة الأولى من المادة 253 من القانون المدني الألماني على ما يلي: "بالنسبة للأضرار غير المادية يمكن أن يحكم بالتعويض النقدي فقط في الحالات المنصوص عليها في القانون. وهذه نصها باللغة الألمانية:

(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermoegensschaden ist, kann Entschaedigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Faellen gefordert werden.



القانون المدني الألماني التي تجيز التعويض النقدي للأضرار المعنوية في حالات محددة حصراً في القانون، ولا تندرج حالة الحكم المتعلق بالأميرة ثريا تحت أي من هذه الحالات. وقد صدقت المحكمة الدستورية الإتحادية قضاء المحكمة الإتحادية. وقالت في تعليلها ما يلي:

"إن الإرتباط التقليدي للقاضي بالقانون والجانب الأساسي في مبدأ فصل السلطات ومبدأ الشرعية الدستورية قد تجسدت صياغته في الفقرة الثالثة من المادة 20 من الدستور الألماني الإتحادي، بأن على السلطة القضائية أن تتقيد بالقانون و الحق.* وبذلك فقد رفض طبقاً للرأي السائد المذهب الوضعي بمفهومه الضيق، فقد دلت

---

* تنص المادة 20 من الدستور الإتحادي لألماني النافذ على ما يلي: " 1- ألمانيا الإتحادية دولة ديمقراطية إجتماعية إتحادية. 2- تنبثق السلطات كلها من الشعب، وتشكل السلطات بالإنتخاب والتصويت من الشعب، وتمارس عبر هيئات مختصة تشريعية وتنفيذية وقضائية. 3- ترتبط السلطة القضائية والسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية بالقانون والحق طبقاً للدستور. 4- لجميع المواطنين الألمان الحق في مقاومة كل من يأخذ على عاتقه إزالة هذا النظام، عندما يكون اللجوء إلى وسائل أخرى غير ممكن. وهذه نصها باللغة الألمانية:

(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.
(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeuebt.
(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmssaege Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.
(4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht moeglich ist.

الصياغة على أن القانون والحق يتطابقان عملياً بشكل عام، ولكن ليس دائماً وبشكل لازم. فالحق لا يتطابق مع مجموعة القوانين المكتوبة. ففي مقابل القوانين واللوائح الموضوعة من قبل سلطات الدولة، يمكن أن ينشأ في ظل الوقائع أكثر من حق يكون مصدره النظام القانوني الموافق للدستور (النظام العام) بإعتباره مفهوماً كلياً عاماً ويؤثر في المقابل على القانون المكتوب بمجمله وعلى القضاء تقع مهمة إيجاده ووضعه موضع التنفيذ في الأحكام." [1]

وهذا القرار موضع خلاف. فقد أخذ على المحكمة الدستورية الإتحادية العليا بأنه ما كان يجوز أن يسمح للمحاكم المدنية أن تحكم بنفسها متجاوزة قيد نص المادة 253 من القانون المدني الألماني. وكان يفترض من المحاكم المدنية أن تتحرى في قرار المحكمة الدستورية الإتحادية حول ذلك بطريق الرقابة الموضوعية على النصوص القانونية طبقاً للفقرة الأولى من المادة 100، فيما إذا كانت المادة 253 من القانون المدني الألماني موافقة للدستور.[2] على أن صحة هذا الإعتراض تعتمد على كون

---

(1) مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية BVerfGE ج 34، ص 286 و ما بعدها. في القرارات اللاحقة أفصحت المحكمة الدستورية العليا مراراً عن تحفظها تجاه الحكم بما يخالف منطوق النصوص القانونية، والذي هو من حيث المبدأ مسموح به ولكنه مقيد. قارن مجموعة قرارات المحكمة الدستورية BVerfGE ج 35، ص 278 وما بعدها، ج 37، ص 81، ج 38 ص 396 وما بعدها، ج 49، ص 318 وما بعدها، ج 65، ص 190 وما بعدها، ج 71، ص 362 وما بعدها و ج 82، ص 11 وما بعدها.

(2) كوغ / روسمان Koch/Ruessmann، س 1982 ص 255، وقارن أيضا مولر Mueller، س 1986، ص 69 وما بعدها. المادة 253 من القانون المدني الألماني تتناول حقاً دستورياً متقدماً، وعليه يمكن تمحيص المادة 253 من القانون المدني الألماني بوصفها تتناول حقاً دستورياً متقدماً. ... »

التفسير غير الوضعي للعبارة "القانون والحق" الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 20 من الدستور الإتحادي الألماني صحيحة من جهة، وعلى كيفية تحديد العلاقة بين الفقرة الثالثة من المادة 20 والفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الإتحادي* من جهة أخرى، إذا كان أي تفسير صحيح. وفي هذا المقام يهمنا الشق الأول فقط أي فيما إذا كان التفسير غير الوضعي للعبارة "القانون والحق" الواردة في الفقرة الثالثة من المادة 20 صحيحاً أو لا.

... » طبقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا فقط بطريق الرقابة الموضوعية، عندما يوافق ذلك إرادة المشرع (قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية العليا، ج 64، ص 220). فإذا لم يكن الحال كذلك أمكن للمحاكم المدنية أن تقرر عدم شرعية المادة 253 من القانون المدني بسبب خرقها للفقرة الأولى من المادة الثانية من الدستور في علاقتها مع الفقرة الأولى من المادة الأولى من الدستور الألماني. وبهذا يتم التغلب على عقبة منطوق النص بالنسبة لها.

* تنص الفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الألماني الإتحادي على ما يلي: إذا اعتبرت محكمة ما أن قانوناً، يتوقف صحة حكمها على دستوريته، مخالف للدستور يجب وقف الدعوى وتحري قرار محكمة الولاية المختصة في المنازعات الدستورية عندما يتعلق الأمر بخرق دستور هذه الولاية، أو قرار المحكمة الدستورية الإتحادية العليا عندما يتعلق الأمر بخرق الدستور الإتحادي. ويسري ذلك أيضاً عندما يتعلق الأمر بخرق الدستور الإتحادي من قبل قانون الولاية أو الإختلاف بين قوانين الولاية والدستور الإتحادي. وهذا نصها باللغة الألمانية:

(1) Haelt ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gueltigkeit es bei der Entscheidung ankommt, fuer verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des fuer Verfassungsstreitigkeiten zustaendigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt.

فالعبارة التي وردت في القرار المذكور: "**فالحق لا يتطابق مع مجموعة القوانين المكتوبة**" يبقى لها أهميتها أيضاً ولو افترضنا أن الحكم المخالف للنص غير مسموح به بصورة عامة في النظام القانوني الألماني وفقاً للفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الإتحادي الألماني. إن مشكلة الحكم المخالف لمنطوق النص القانوني يواجه كل نظام قانوني. ولكن لا تعرف كل الأنظمة القانونية دعوى الرقابة الموضوعية على النصوص القانونية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 100 من الدستور الألماني الإتحادي. والأهم من ذلك أن تلك العبارة لها أهميتها خارج مجال الأحكام المخالفة لمنطوق النص القانوني، وفي كل حالة مشكوك فيها. وتتوفر حالة مشكوك فيها إذا كان القانون المراد تطبيقه غير محدد، ومن غير الممكن أن تقودنا قواعد علم مناهج البحث القانوني إلى نتيجة على نحو دقيق. فالذي يحدد الحق بالقانون المكتوب أي الذي يتبنى فرضية المذهب الوضعي[1] يجب أن يقول إنه في الحالات المشكوك فيها يتحدد الحكم من خلال عوامل غير قانونية. والأمر عند اللاوضعيين خلاف ذلك طبعاً. فبإعتبار أن الحق لا يتحدد عندهم من خلال القانون المكتوب فأن الحكم يتحدد بالنسبة لهم من خلال العدل عندما لا يحدده عند الحاجة القانون.

على أن التفسيرات المختلفة لمفهوم العدل يجب أن لا تقود إلى نتائج متباينة ولكن هذا أمر وارد.

---

(1) في هذا المقام يلاحظ ضرب من ضروب الوضعية فقط هي الوضعية القانونية. فالحجة يمكن أن تترجم بشكل سهل بالأنواع المختلفة للوضعية.



الباب الثاني

مفهوم القانون

Der Begriff des Rechts



الفصل الأول

العناصر الرئيسة

Hauptelemente

(الشرعية الشكلية والفاعلية والعدالة)

السؤال الذي يطرح الآن، ما هو التعريف الصحيح أو التعريف المناسب للقانون. لا بد لمن يريد الإجابة عن هذا السؤال أن يضع في إعتباره ثلاثة عناصر أساسية: الشرعية الشكلية Die Ordnungsgemaesse Gesetztheit والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية Die soziale Wirksamkeit والعدالة Die Richtichgkeit. وعليه سينشأ مفاهيم مختلفة تماماً للقانون، وذلك حسب الأهمية التي نوليها لكل من العناصر السالفة الذكر. فالذين لا يولون أية أهمية لعنصري الشرعية الشكلية والفاعلية ويعولون فقط على العدالة يتبنون مفهوم القانون الطبيعي (اللاوضعي) أو المنطقي (العقلي). أما الذين يولون الأهمية لعنصري الشرعية الشكلية والشرعية الشكلية والفاعلية أو لأحدهما، ويخرجون من إعتبارهم عنصر العدالة فإنهم يتبنون المفهوم الوضعي الصرف. وبين هذين الإتجاهين المتطرفين هناك إتجاهات وسطية.

يتبين من هذا التقسيم الثلاثي أن الوضعيين يشترطون عنصرين رئيسين في تعريف القانون. فأي مفكر وضعي يجب أن يستبعد مفهوم العدالة ولكنه يستطيع أن

يحدد العلاقة بين عنصري الشرعية الشكلية والفاعلية بأشكال مختلفة للغاية. وفي هذه الحال سينشأ لديه أشكال لا حصر لها لمفهوم المذهب الوضعي للقانون.

بادئ ذي بدء لا بد لنا من إلقاء نظرة عامة على الأشكال المختلفة للمذهب الوضعي، ومن ثم ننتقل إلى نقد المفهوم القانوني الوضعي كونه مفهوماً قاصراً.

الفصل الثاني

المفاهيم الوضعية للقانون

Positivistische Rechtsbegriffe

إن عنصري الفاعلية والشرعية الشكلية لا يمكن الملاءمة بينهما بطرق مختلفة فحسب، بل يمكن أيضاً أن يفسر كل منهما تفسيرات متباينة. وهذا ما يفسر لنا وجود تعاريف متعددة للقانون طبقاً للمذهب الوضعي. والتي يمكن إدراجها تحت مجموعتين رئيسيتين: المجموعة الأولى تولي الأولوية في تعريف القانون لعنصر التأثير الإجتماعي أو الفاعلية Primaer wirksamkeitsorientierte Rechtsbegriffe والمجموعة الثانية تعطي الأولوية لعنصر الشرعية الشكلية Primaer setzungsorientierte Rechtsbegriffe. ونعني بعبارة الأولوية هنا إيلاء الأهمية للعنصر الأساسي المراد التعويل عليه في هذا السياق دون إهمال دور العنصر الأخر بشكل كلي.*

---

* من نافلة القول إن الفقهاء المنتمين إلى هذا الإتجاه هم من الوضعيين، لأنهم يجتمعون جميعهم حول قاسم مشترك واحد، هو الأحادية، فيذهبون إلى القول بقيام قانون واحد هو القانون الوضعي أو أقله أن عمل القانونيين لا ينطوي إلا على القانون الوضعي وحده. ويذهب غالبيتهم إلى أن هذا القانون وحده هو القانون الذي يمكن معرفته، فلا يمكن برأيهم معرفة إلا ما هو كائن وأما ما يجب أن يكون فمن المتعذر معرفته، لأنه غير موجود، ولا يمكن في حقيقة الأمر إستخلاص ما يجب أن يكون مما هو كائن. وبهذا فإن العدالة برأيهم مثلها مثل الظلم مفهوم ذاتي نسبي. فنحن نصف الأعمال بأنها عادلة أو غير عادلة، ليس لأنها تنطوي فعلاً على هذه الخصيصة، بل لأننا نراها هكذا — المعرب.

المبحث الأول

الإتجاه الذي يعطي الأولوية للأثر الإجتماعي

Primaer wirksamkeitsorientierte Rechtsbegriffe

إن إعطاء الأولوية للأثر الإجتماعي عند تحديد مفهوم القانون نجده أكثر ما نجده في دائرة النظريات القانونية الواقعية والإجتماعية. فهي تفرق تبعا لذلك بين الإعتبارات الضمنية (الجانب الداخلي Aeusserer Aspekt) والإعتبارات الظاهرية (الجانب الخارجي Innerer Aspekt) للقاعدة القانونية أو للنظام القانوني. وهنا لا يدور النقاش في أغلب الحالات حول الجزم بين الإعتبارات الضمنية والإعتبارات الظاهرية، إنما في تقدير قيمة كل منهما وكثيراً ما يوجد أشكال مختلفة للتوفيق بين هذه الإعتبارات.[1]

المطلب الأول

الإعتبارات الظاهرية

Aeussrer Aspekt

تتجلى الإعتبارات الظاهرية للقاعدة القانونية في إطراد إتباعها والعمل بموجبها أو في مؤيد عدم إتباعها والعمل بها أو في كليهما. ولا شك بأن إمكانية

---

(1) نجد عند الأستاذ روس (روس Ross، عام 1958: ص 73 وما بعدها) مثالاً على توفيق الإعتبارات الضمنية والظاهرية (الجانب الظاهري مع الجانب الضمني). (للإطلاع على نبذة عن هذا الفيلسوف، أنظر ملحق هذا الكتاب)

الملاحظة هي التي تحدد ذلك، حتى عندما تستلزم التصرفات التوضيح. وهنا تبرز الملامح الرئيسية للمفهوم القانوني الإجتماعي. ومن الأمثلة على تحديد مفهوم القانون وفقاً لهذا الإتجاه نورد تعريف الأستاذ ماكس فيبر Max Weber وتعريف الأستاذ تيودور كايكر Theodor Geiger. فعند الأستاذ ماكس فيبر "يعتبر نظاماً ما قانوناً إذا أمكن ضمان مراعاته بشكل ظاهري من خلال فرض الإكراه سواء كان معنوياً أو مادياً، والإجبار على مراعاته أو التهديد بمعاقبة التصرفات الماسة به عبر الهالة المحاط بها من قبل الناس."[1]

وينص تعريف تيودور كايكر على أن "ما هو قانون أو بالأحرى ما هو جوهر القانون والذي يشار إليه بعبارة القانون يبدو لي عملياً بمنتهى الوضوح في طوله وعرضه: هو نظام الحياة الإجتماعية للإندماج الإجتماعي المنظم مركزياً بشرط أن هذا النظام يحمى من أجهزة خاصة تضمن تطبيق المؤيدات بشكل إحتكاري."[2]

إن المفهوم القانوني طبقاً للإتجاه الذي يعطي الأهمية لأثر القانون والذي يرتكز بشكل أساسي على الإعتبارات الظاهرية (الجانب الخارجي) موجوداً أيضاً في مجال علم القانون وبخاصة في مذهب الذرائع العملي (البرغماتي)، والمثال الشهير لذلك هو تعريف الأستاذ اوليفر فيندل هولمز Oliver Wendell Holmes الذي

---

(1) فيبر Weber، س 1976، ص 17. إن المفهوم القانوني الإجتماعي لدى ماكس فيبر أكثر تعقيداً مما يبدو في التعريف المشار إليه أعلاه. وهنا يتعلق الأمر حول الفكرة الرئيسة. وهذا ينطبق أيضاً على الأمثلة الأخرى للتعاريف. للتوسع في مفهوم القانون عند فيبر قارن: لوس Loos، س 1970، ص 93 وما بعدها.

(2) كايكر Geiger، 1987، ص 297.

يقول: "إن التنبؤ حول ما سوف تفعله المحكمة في الواقع دون أن تتعداه هو ما نعنيه بالقانون".[1] وهذا النوع من التعاريف يستهدف بالدرجة الأولى إعتبارات جهة الدفاع.

المطلب الثاني

الإعتبارات الضمنية

Innerer Aspekt

الإعتبارات الضمنية (الجانب الداخلي Innerer Aspekt) للقاعدة القانونية يكمن – كما تدل طبيعته – في الدافع لإتباع القاعدة القانونية أو في الدافع لتطبيقها أو في كليهما معاً. والأمر الحاسم هنا الذي يحدد ذلك هو الإستعدادات النفسية. وكمثال لهذه التعريف نذكر هنا تعريف الأستاذ ايرنست رودولف بيرلنك Ernst Rodolf Bierling والذي يلعب فيه مفهوم الإقرار الدور المركزي ويقول تعريف الأستاذ بيرلنك: "القانون طبقاً للتحديد القانوني هو بشكل عام كل ما يقره الناس الذين يعيشون في أي تجمع كان مع بعضهم البعض من قواعد تنظم الحياة المشتركة بشكل متبادل."[2]

مثال آخر للتعريف القانوني الذي يلعب فيه الإعتبارات الضمنية في شكل السلوك المعياري المنتظر الدور الرئيسي نجده في تعريف الأستاذ نيكولاس لومان Niklas Luhmann حيث يقول:

---

(1) هولمز Holmes، 1897، ص 460 وماب، قارن سومرز Summers، 1982، ص 116 وماب وللإطلاع على نبذة عن هولمز، أنظر ملحق هذا الكتاب.

(2) بيرلينك Bierling، س 1894، ص: 19

"نستطيع أن نعرف القانون على أنه صيغة للنظام الإجتماعي يستند على تعميم موحد للسلوك المعياري المنتظر." [1]

المبحث الثاني
الإتجاه الذي يعطي الأولوية للشرعية الشكلية
Primaer setzungsorientierte Rechtsbegriffe

إن تعريف القانون المرتكز على مفهوم الشرعية الشكلية نجده قبل كل شيء في نطاق النظريات القانونية التحليلية أي في محيط النظريات القانونية التي تهتم بالتحليل الفكري للواقع القانوني، ففي حين تطبع وجهة نظر الشخص المراقب في تعريف القانون تبعاً للاتجاه الذي يرجح الفاعلية، يطغى في تعريف القانون طبقاً للاتجاه الذي يرجح الشرعية الشكلية للقانون نظرة الشخص الذي يطبقه وخاصة نظرة القاضي.

المثال التقليدي لتعريف القانون طبقاً لهذا للإتجاه الذي يولي الأولوية لعنصر الشرعية الشكلية نجده عند الأستاذ جون اوستين John Austin. فطبقاً لتعريف الأستاذ اوستين يتكون القانون من أوامر، حيث يقول: "كل قانون أو قاعدة قانونية هو أمر". [2]

---

(1) لومان Luhmann، س 1972، ص 105.

(2) اوستين J. Austin، س 1885، ص 88. وللإطلاع على نبذة عن حياة أوستين، أنظر ملحق هذا الكتاب.

ومن خلال ذلك يعرف الأمر بأنه كل ما يصان فحواه عبر مؤيدات تترتب على عدم الإلتزام به، فيضيف قائلاً: "يفرق الأمر عن الصيغ الأخرى للطلب ليس بالقالب الذي يصاغ فيه الأمر، بل بقدرة وتصميم الطرف الآمر على إنزال الألم والعقاب في حالة عدم مراعاة الأمر" [1] وليس كل أمر هو قانوناً ولكن أوامر الهيئة السياسية العليا فقط هي القوانين، فيقول: "القوانين والقواعد توضع بواسطة الإنسان للإنسان، فبعضها يفرضه القائد السياسي وبعضها الملك وبعضها المرؤوس – أي من قبل أشخاص تنفيذاً لإرادة السلطة العليا أو الحكومة الخاضعة لها – في الأمم المستقلة وفي المجتمعات السياسية المستقلة. لتشكل مجموع القواعد أو بعض المجموع المكون لجزء من هذا المجموع ويستخدم لفظ القانون كعبارة بسيطة ودقيقة على سبيل الحصر."[2]

وبكلمة موجزة يمكن القول إن الأستاذ اوستين يعرف القانون على أنه مجموعة أوامر صاحب السلطة التي يترتب على مخالفتها مؤيدات قانونية. ومن النادر أن نجد إتجاهاً أقوى من إتجاه الأستاذ اوستين يعطي الألوية للشرعية الشكلية. ومع ذلك فإن الأستاذ اوستين لا يهمل عنصر التأثير الإجتماعي أو الفاعلية، فنظريات الفاعلية تلعب عنده دوراً مهماً. فهو يزاوج بين عنصر الشرعية الشكلية وعنصر الفاعلية بحيث يكون صاحب السلطة ذلك الشخص الذي يطاع بحكم العادة فيقول: "إذا كان الرئيس الأعلى المعين من البشر يتلقى الطاعة المعتادة من

---

(1) المرجع السابق، ص 89

(2) المرجع السابق ص 86 وما بعدها

الهيئة الإجتماعية التي عينته وليس لمجرد تقليد الطاعة للرئيس فهو إذاً صاحب السلطة في المجتمع"[1]

ويعتبر الأستاذان هانس كلسن Hans Kelsen وهيربيرت هارت Herbert Hart أشهر مؤيدي تيار الشرعية الشكلية في المذهب الوضعي في القرن العشرين.

فالأستاذ كلسن يعرف القانون بأنه "نظام إلزامي معياري"[2] يؤسس تطبيقه على قاعدة أساسية Grundnorm مشترطة، "موضوعة بحكم الواقع في دستور نافذ بوجه الإجمال. وبالتالي يقتضي أن تتوافق القواعد القانونية الموضوعة طبقاً للدستور والمكتسبة بالإجمال التأثير مع هذه القاعدة." [3]

إن وضع هذه القاعدة الأساسية سوف نتناوله لاحقاً.[4] والملاحظ قبل كل شيء أننا نتناول قاعدة حيادية المضمون تماماً، فكرية مجردة، يشترط وجودها طبقاً لمذهب كلسن إذا أردنا أن نعتبر النظام الإكراهي نظاماً قانونياً. المهم في هذا المقام هو أن تعريف الأستاذ كلسن يعطي الأولوية لعنصر الشرعية الشكلية ولكنه يتضمن إلى جانب ذلك عنصر الأثر الإجتماعي.

"إن الشرعية الشكلية وقوة التأثير للقاعدة القانونية هما شرطان لسريان القاعدة

---

(1) المرجع السابق، ص 221

(2) كلسن Kelen، س 1960، ص 45 وما بعدها

(3) المرجع السابق، ص 219

(4) قارن أدناه ص 151 وما بعدها

الأساسية. ونعني بقوة التأثير تلك التي تحتم إستصدار القاعدة لكي لا يفقد النظام القانوني ككل أو قاعدة مفردة فيه نفاذها."[1]

أما تعريف القانون تبعاً للأستاذ هارت فهو نظام من القواعد الذي يعرف بناء على قاعدة الإقرار rule of recognition. إن وظيفة هذه القاعدة يطابق وظيفة القاعدة الأساسية عند كلسن ولكن حالتها، والتي يجب تناولها لاحقاً، مختلفة تماماً.[2] حيث أن وجودها هو حقيقة أو واقعة إجتماعية .

"إن قاعدة الإقرار تحدث فقط بشكل معقد، ولكنها تتفق بشكل طبيعي مع عمل المحاكم وعمل الأشخاص العاميين والخاصين عند تحديد القانون بالرجوع إلى معيار خاص. إن وجودها مسألة واقع."[3]

وقد صاغ الأستاذ هارت قاعدة الإقرار في النظام القانوني الإنكليزي بالعبارة التالية: "القانون هو ما تسنه الملكة في البرلمان." [4]

---

(1) كلسن Kelen، س 1960، ص 219

(2) قارن أدناه ، ص 184

(3) هارت Hart، س 1961، ص 107

(4) المرجع السابق، ص 104

الفصل الثالث

نقد مفاهيم القانون الوضعي

Kritik der positivistischen Rechtsbegriffe

إن نظرة سريعة على المفاهيم الوضعية للقانون يظهر مواقف مختلفة جداً في مجال المذهب الوضعي. وما يجمع بينها جميعاً هو فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق. وإذا افترضنا أن فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق كما يعتقد أصحاب المذهب الوضعي صحيحة عندها يمكن حصر تحليل المفهوم القانوني في المسالة التالية: ما هو التفسير الأمثل لعنصري التأثير الإجتماعي أو الفاعلية والشرعية الشكلية وكيف يفترض أن تكون العلاقة بين هذين المكونين على أحسن ما تكون؟

إن قراري المحكمة الدستورية الإتحادية العليا المذكورين أعلاه يظهران على الأقل أن فرضية الإنفصال لا يمكن إعتبارها مسألة مسلماً بها. ولذلك لا بد من التساؤل فيما إذا كان مفهوم القانون الوضعي بحد ذاته ملائماً على الإطلاق. هذا يعتمد على ما إذا كانت فرضية الإنفصال أو فرضية الإرتباط هي الصحيحة.

المبحث الأول

فرضية الإنفصال وفرضية الإرتباط

Trennung und Verbindungsthese

إن فرضيتي الإرتباط والإنفصال توضحان كيف يجب أن يتحدد مفهوم القانون، أي كيف يجب أن يعرف القانون. وعلى هذا الأساس فهما يعرضان نتائج النقاش دون أن يقدما البراهين أو الحجج التي تدعم فرضيتهم. على أننا يمكن إدراج البراهين أو الحجج التي يمكن أن تقدم لدعم هذه الفرضية أو تلك في مجموعتين حجج تحليلية وحجج معيارية.(1)

ولعل أهم حجة تحليلية لفرضية الإنفصال الوضعية تقول إنه لا يوجد إرتباط

---

(1) يمكننا التفكير أيضا في مجموعة ثالثة من الحجج، هي الحجج التجريبية. وعندما يتناول البحث موضوع تعريف القانون تبعاً لفرضية الإنفصال أو فرضية الإرتباط فإن الحجج التجريبية تشكل جزءاً من الحجج المعيارية والحجج التحليلية. فالفرضية التي تقول بأن النظام القانوني الذي لا يحمي حياة أو حرية أو ملكية الأفراد (أصحاب الحقوق) هو نظام لن يكتب له البقاء (لا يتصور استمرار سريانه) هي فرضية تجريبية. والحقيقة إن حماية الحياة والحرية والملكية مطلب أخلاقي أيضاً. ويمكن أن يقال إن تحقيق حد أدني من المطالب الأخلاقية المحددة لا بد منه عملياً لضمان إستمرار النظام القانوني. إن الحجة التجريبية تقود إلى هذه النقطة بالضبط ولا تتعداها، وللعبور إلى المفهوم القانوني يجب أن تضاف حجة تحليلية تقول، أنه ولأسباب مجردة، فالأنظمة القانونية هي فقط الأنظمة التي يتمتع سريانها بصفة الإستمرار. وبالمقابل فإن الدخول في الحجة المعيارية يحدث عندما تبين الفرضية التجريبية كحجة في تعريف محدد للقانون أن أهداف محددة مثل البقاء يمكن الوصول إليها فقط عندما يتبين بأن القانون مع المقدمة المعيارية الموضوعة له يحتوي مضامين محددة تفيد أن هذا الهدف يجب أن يتحقق.

مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق. فكل من يؤمن بالمذهب الوضعي يجب أن يتبنى هذه الفرضية، فإذا أقر بوجود إرتباط مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق لا يمكنه أن يقول بعد هذا أن القانون يجب أن يعرف بمعزل عن الأخلاق. وبالمقابل فإن أصحاب المذهب الطبيعي أحرار على مستوى الحجة التحليلية، فلهم أن يدعوا بوجود إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق ولهم أن ينكروا وجود مثل هذه الإرتباط. فإذا استطاعوا أن يثبتوا وجود إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق فإنهم يكونون قد حسموا الخلاف مسبقاً لصالحهم. وإذا لم ينجحوا في إثبات إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق، أو امتنعوا جدلا عن الإدعاء بوجود إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق فإنهم لم يخسروا النقاش حتى الآن. حيث بإمكانهم أن يدعموا فرضيتهم بالإستناد إلى الحجج المعيارية بالقول بأن القانون يجب أن يتحدد بناءاً على أسس أخلاقية.

أما الحجة المعيارية فتؤيد فرضية الإنفصال أو فرضية الإرتباط عندما يبرهن بأن إدخال أو إبعاد عناصر أخلاقية في مفهوم القانون أمر ضروري للوصول إلى غاية معينة أو لتحقيق قاعدة معينة. مثل هذا الإرتباط أو الإنفصال المسبب يمكن أن يشار إليه على أنه ضرورة معيارية.[1]

---

(1) يجب تمييز الضرورة المعيارية Die Normative Notwendigkeit عن الضرورة المجردة، Die begriffliche Notwendigkeit، فما هو ضروري من الناحية المعيارية يعني ما هو مفروض. فسريان المفروض يمكن أن يُنازع فيه، دون أي تناقض، بخلاف وجود الضرورة المجردة. وهذا يعني بأن الضرورة المعيارية هي مجرد ضرورة بالمعنى الواسع.

ويتعلق الأمر بحجج معيارية عندما يقال بشأن فرضية الإنفصال أنها تؤدي إلى وضوح لغوي وموضوعي وتكفل الثقة بالقانون أو عندما يقال لجهة فرضية الإرتباط أنه من خلالها يمكن التغلب على مشاكل الظلم القانوني (المشاكل الناجمة عن النصوص القانونية الظالمة) وإيجاد الحل الأمثل لها.

وفي النقاشات المعاصرة حول مفهوم القانون يسود الرأي بأن تعبير القانون في هذا المجال متعدد المعاني وغامض بحيث يتعذر بت الخلاف حول مذهب القانون الوضعي عن طريق التحليل الفكري.[1] ويتركز البحث في هذا النقاش فقط حول تحديد معياري، حول اقتراح محدد.[2] مثل هذه المفاهيم يمكن تبريرها بشكل يوافق التعريف من خلال الحجج المعيارية أو التفكير الغائي. هذه المقولة تشترط فرضية: بأن إرتباط بين القانون والأخلاق من الوجهة المنطقية ليس مستحيلاً وليس حكمياً. ولا ريب بان القسم الأول من هذه الفرضية التي تدعي إمكانية وجود إرتباط بين القانون والأخلاق صحيحة. وهناك حالات يكون فيها عبارة مثل "القاعدة القانونية (ق) صدرت طبقاً للأنظمة ولها أثر إجتماعي ولكنها لا تعتبر قانوناً لأنها تخالف المبادئ الأساسية" لا تحمل أي تناقض. ولكن لو افترضنا جدلاً أن الإرتباط بين القانون والأخلاق مستحيلاً من الناحية المنطقية، لكانت تنطوي هذه الجملة على

---

(1) قارن اوت Ott، س 1976، ص 140 وما بعدها.

(2) هورستر Hoerster، س 1986، ص 2481. والأستاذ نوربرت هورستر Norbert Hoerster هو أستاذ فلسفة القانون والإجتماع بجامعة ماينز Mainz في ألمانيا بين عام 1974 وعام 1998، أحد أبرز ممثلي المذهب الوضعي المعاصرين. أشهر مؤلفاته "الأخلاق والمصلحة Ethik und Interesse" عام 2002، و"ما هو القانون Was ist Recht" عام 2006 – المعرب

تناقض. وبالمقابل يثير القسم الثاني من هذه الفرضية أي الإدعاء بأنه لا يوجد إرتباط مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق الشك. فلا بد والحالة هذه من إثبات وجود مثل هذا الإرتباط الحكمي. وإذا ما تم إثبات ذلك فإن الرأي السائد الذي يقضي بأن الخلاف حول مفهوم القانون يدور فقط حول مسألة عملية مجدية، والذي يمكن تسويغها من خلال الحجج المعيارية فقط يكون خاطئ. وهذا لا يعني أن الإعتبارات المعيارية لا تلعب أي دور في توضيح مفهوم القانون. وبذلك يتبين لنا أن الحجة التحليلية المجردة لها قوة محدودة ومجال محدود. وفي خارج مجال الحجة التحليلية المجردة فإن الحجج المعيارية ضرورية لتقوية الحجة التحليلية المجردة.

فالفرضية تقضي أولاً أنه يوجد إرتباط مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق، وثانياً أن الأسباب المعيارية تؤيد إدخال عناصر أخلاقية في مفهوم القانون منها ما يقوي من قوة الإرتباط الحكمي المفهومي ومنها ما يتخطاه. وبإختصار هناك إرتباط حكمي سواء من الناحية المفهومية أو من الناحية المعيارية بين القانون والأخلاق.

المبحث الثاني

الإطار التجريدي

Ein begrifflicher Rahmen

إن تأسيس الفرضية القائلة بوجود إرتباط حكمي سواء من الناحية المعيارية أو الناحية المفهومية بين القانون والأخلاق سيرد في إطار عمل فكري تجريدي يتكون من خمس إختلافات لما يفهم من تعبير القانون وطبيعة الإرتباط بين القانون والأخلاق. [1]

المطلب الأول

المفهوم القانوني المطلق السريان والمفهوم القانوني المقيد السريان

Geltungsfreie und nicht geltungsfreie Rechtsbegriffe

التفريق الأول هو بين المفهوم القانوني المقيد السريان والمفهوم القانوني المطلق السريان. فالسريان المقيد هو المفهوم القانوني الذي ينطوي على فكرة السريان. وأما السريان المطلق فهو المفهوم القانوني الذي لا ينطوي فكرة السريان.[2] ومن السهل معرفة السبب في هذا التفريق. وعليه يمكن أن نقول دون تناقض: (ق) قاعدة قانونية ولكن (ق) غير نافذة، أو لم تعد نافذة، أو غير نافذة حتى تاريخه. ويمكن أبعد من ذلك أن نتصور نظاماً قانونياً نموذجياً ونلاحظ دون أي تناقض "إن هذا النظام

---

(1) ألكسي Alexy، س 1990، ص 11 وما بعدها.

(2) قارن في ذلك كونتوروفيس H. Kontorowice o.J، ص 32 وما بعدها.

القانوني لم يسرِ مطلقاً". على عكس ذلك فلا حاجة لنا للحديث عن موضوع السريان في القانون النافذ. فيمكن القول بسهولة أن القانون يقتضي فكرة السريان. وعليه فمن الواضح أن كلا المفهومين ممكناً سواء مفهوم القانون الذي يتضمن فكرة السريان أو مفهوم القانون الذي لا يتضمن فكرة السريان.

ومن الأفضل لأجل شرح المذهب الوضعي أن نختار مفهوم القانون الذي يتضمن فكرة السريان. وعلى هذا النحو يمكن أن نتجنب تفاهة المشكلة التي تكمن في أن القانون دون إعتبار لأبعاد سريانه يفترض أن يُعرّف على أنه نوع من قواعد السلوك الخارجي،[1] للقول في ما بعد بأنه من غير ممكن وجود إرتباط حكمي مفهومي بين القانون والأخلاق، لأنه يمكن طرح قواعد للسلوك الخارجي كيفما نشاء. حيث أن إحتواء القانون على فكرة السريان تعني وجود قرينة على وجود مؤسسات لوضع القانون ولتطبيقه ولتنفيذه في هذا المفهوم. هذه القرينة يمكن أن تكون ذات أهمية فيما يتعلق بموضوع الإرتباط الحكمي المفهومي بين القانون والأخلاق.

المطلب الثاني

النظام القانوني بوصفه نظاماً من القواعد ونظاماً من الأصول

Rechtssysteme als Normensysteme und als Systeme von Prozeduren

التفريق الثاني هو تفريق بين النظام القانوني بوصفه نظاماً من القواعد والنظام

---

(1) قارن في ذلك دراير Dreier، س 1987، ص 374

القانوني بوصفه نظاماً من أصول خلق وإيجاد القواعد القانونية.[1]

النظام القانوني بوصفه نظاماً من الأصول هو نظام من التصرفات المستندة إلى القواعد والموجه طبقاً للقواعد، ومن خلالها تسن القواعد القانونية وتنشأ وتفسر وتطبق وتنفذ.

النظام القانوني بوصفه نظاماً من القواعد هو نظام من الآثار والنتائج الناجمة عن عملية إيجاد القواعد. ويمكن القول إن الذين يعتبرون أن النظام القانوني نظام من القواعد يشيرون ويعتمدون على الجوانب الظاهرية الخارجية للنظام. وبالمقابل فإن الذين يرون أن النظام القانوني نظام من الأصول يعولون على الجوانب الداخلية الضمنية.

المطلب الثالث

منظور المراقب و منظور المشترك

Beobachter- und Teilnehmerrespektive

التفريق الثالث هو تفريق بين وجهة نظر الشخص المراقب وبين وجهة نظر الشخص المشترك، أي بين منظور المراقب وبين منظور المشترك. هذه التفريق الثنائي

---

(1) للتوسع في مفهوم النظام القانوني بإعتباره نظاماً من الأصول قارن ألكسي Alexy، س 1981، ص 185 وما بعدها، وتقسيم لون فولر Lon Fuller بين الجهد الهادف الذي يبحث في صنع القانون والقانون الذي ينبثق في الواقع من ذلك الجهد The purposive effort that goes into the making of law and law that in fact emerges from that effort. (فولر Fuller، س 1969، ص 193) والذي يقترب من التقسيم المذكور بين النظام القانوني بوصفه نظام من الأصول والنظام القانوني بوصفه نظام من القواعد. أنظر للإطلاع على نبذة عن الأستاذ فولر، الملحق في نهاية هذا الكتاب.

ينطوي على معان كثيرة. وفي هذا المقام يستعمل التفريق الثنائي بالمعنى التالي: تتعلق وجهة نظر المشترك أو منظور المشترك بوجهة نظر ذلك الشخص الذي يشترك في النقاش في نظام قانوني، بما يفرضه هذا النظام، وما يبيحه، وما يمنعه، وبما يخوله. ويعتبر القاضي بحق مركز و قلب هذا المنظور. وعندما يشترك أشخاص آخرون مثل رجل القانون أو المحامي أو المواطن المهتم بالنظام القانوني بتقديم حجة تخالف أو تؤيد مسألة قانونية معينة في النظام القانوني، فإنه يستهدف في نهاية المطاف ماذا يفترض على القاضي أن يقضي به إذا أراد أن يحكم بشكل صحيح.

أما منظور المراقب أو وجهة نظر المراقب فتتعلق بنظرة ذلك الشخص الذي لا يسأل ما هو الحكم الصحيح في نظام قانوني معين، بل كيف يحكم واقعياً في نظام قانوني معين. ولعل أبرز مثال على موقف المراقب هو موقف الأميركي الأبيض الذي ذكره الأستاذ نوربيرت هويريستر Norbert Hoersters والذي يريد أن يقوم برحلة سياحية مع زوجته السمراء في جنوب أفريقيا في ظل قوانين التمييز العنصري السارية فيها، حيث راح يفكر بالتفصيلات القانونية لرحلته.[1]

إن التفريق بين منظور المراقب ومنظور المشترك يقابل التفريق بين وجهة النظر الداخلية ووجهة النظر الخارجية internal and external point of view عند الأستاذ هارت.[2] والواقع أنه لا يمكن الحديث عن التطابق في كل الوجوه بين

---

(1) هورستر Hoerster، س 1986، ص 2481

(2) هارت Hart، س 1961، ص 86 وما بعدها. (للإطلاع على نبذة عن الأستاذ هارت، أنظر ملحق هذا الكتاب)

كلا التفريقين، لما يكتنف تقسيم الأستاذ هارت من إبهام.[1] وهنا لا بد من الإشارة بأنه إذا لم يرد توضيح لتعبيري وجهة النظر الداخلية ووجهة النظر الخارجية فالمقصود بها تماماً مرادفات لتعبيري منظور المشترك ومنظور المراقب.

المطلب الرابع

الإرتباط التصنيفي والإرتباط النوعي

Klassifizierende und qualifizierende Zusammenhaenge

التفريق الرابع يعتمد على نوعين مختلفين من الإرتباط بين القانون والأخلاق. الأول يشار إليه بالإرتباط التصنيفي والآخر بالإرتباط النوعي.

نكون بصدد إرتباط تصنيفي عندما يُدعى بأن القواعد القانونية أو الأنظمة القانونية التي لا تحقق معياراً أخلاقياً محدداً هي ولأسباب معيارية ومنطقية ليست قواعد قانونية أو ليست أنظمة قانونية.

ونكون بصدد إرتباط نوعي عندما يدعى بأن القواعد القانونية أو الأنظمة القانونية التي لا تحقق معياراً أخلاقياً محدداً يمكن أن تكون قواعد قانونية أو أنظمة قانونية، ولكنها تعتبر من الناحية القانونية ولأسباب معيارية ومنطقية قواعد قانونية معيبة، أو أنظمة قانونية ناقصة. الأمر الحاسم هو أن العيب الذي يُدعى به هو عيب قانوني، و ليس مجرد عيب أخلاقي. الحجج التي تستهدفها الروابط النوعية تستند إلى التسليم بأن في واقع النظام القانوني لا بد من محتوى قانوني مثالي. وعليه فإنه يمكن التحدث هنا عن علاقة مثالية بدلاً من علاقة نوعية.

---

(1) قارن ماك كورميك MacCarmick، س 1978، ص 275 وما بعدها.

المطلب الخامس

استدلالات

Kombinationen

إن التقسيمات الأربعة المذكورة أي التفريق بين المفهوم القانوني المقيد السريان والمفهوم القانوني الحر السريان، والتفريق بين النظام القانوني كنظام من القواعد والنظام القانوني كنظام من الأصول، والتفريق بين منظور المراقب ومنظور المشترك، والتفريق بين الإرتباط التصنيفي والإرتباط النوعي أو المثالي يجب أن يضاف إليها تفريق خامس سبق أن درسناه بين الإرتباط الحكمي المعيا ِي والإرتباط الحكمي المفهومي. وبهذا يكتمل الإطار التجريدي. ومن خلال ذلك يتبين بوضوح أنه يمكن أن يفهم من الفرضية القائلة أن بين القانون والأخلاق إرتباط حكمي معاني مختلفة جداً. فهذه الفرضية تنطوي ومن خلال التقسيمات الخمس المذكورة على 32 تفسيراً ممكناً. ولكل واحد من إمكانيات التفسير هذه يمكن الإفتراض مرة أنه يوجد إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق ومرة أنه لا يوجد إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق، فنحصل في المجموع على 64 فرضية. ولا شك أنه يوجد بين هذه الفرضيات علاقات متلازمة، حيث أن صحة أو خطأ بعض هذه الفرضيات يستتبع صحة أو خطأ بعضها الأخر. وفوق ذلك فإنه من الممكن أن نجد بعض هذه الفرضيات غير ممكن منطقياً. وهذا لا يغير الفكرة الأساسية بأن الجدل حول العلاقة الضرورية بين القانون والأخلاق يدور حول فرضيات كثيرة مختلفة، وأن فشل النقاش قد يكمن في أن المشتركين فيه لم يعرفوا بأن الفرضية التي يدافعون عنها من نوع آخر تماماً عن تلك التي تناولوها، بحيث أنهم لا يتفهمون بعضهم، الواحد يدور

في الغرب والآخر يدور في الشرق. ومثل هذا التوضيح يكتسب أهمية ومنطقية عندما يلاحظ بأنه إلى جانب الإختلافات أو الفوارق الخمس المذكورة قد يكون هناك فوارق أخرى محتملة، بحيث يمكن أن تزيد الفرضيات المحتملة عن 64 فرضية.

ويمكننا هنا أن نقلل من كثرة الفرضيات في هذه الناحية: فمن مفهوم القانون نستخلص أنه يحتوي فكرة السريان. ويمكن أيضا تسهيل الأمر بأن نستند بشكل أساسي على التفريق بين منظور المراقب أو وجهة النظر الداخلية وبين منظور المشترك أو وجهة النظر الخارجية، وأما الفوارق الأخرى فيمكن إدراجها ضمناً، تحت هذا التقسيم.

وهنا يطرح السؤال فيما إذا كانت فرضية الإنفصال أو فرضية الإرتباط صحيحة سواء من وجهة نظر المراقب أو من وجهة نظر المشترك؟

المبحث الثالث

وجهة نظر المراقب

Die Beobachterperspektive

إن مشكلة مذهب القانون الوضعي تبحث في الغالب على أنها مشكلة إرتباط تصنيفي بين القانون والأخلاق.* السؤال الذي يطرح هو فيما إذا كان خرق معيار أخلاقي ما يجرد قواعد النظام القانوني من طابعها القانوني، أو يجرد النظام القانوني ككل من طابعه القانوني. من يجيب على هذا السؤال بالإيجاب، عليه أن يبين أن الطابع القانوني للقواعد القانونية أو للنظام القانوني يزول عند تجاوز حدود العدل والإنصاف. هذه المقولة التي تقضي بفقدان الطابع القانوني عند تجاوز حدود العدالة نشير إليها بحجة الظلم Unrechtsargument.[1] حجة الظلم هذه ليست إلا الرابطة التصنيفية Der klassifizierend Zusammenghang في فرضية الإرتباط بين القانون والأخلاق.

لا بد أولا من التساؤل فيما إذا كانت فرضية الإرتباط بصيغتها السابقة أي

---

* بمعنى أن يصنف ما هو قانون بالنظر لتطابقه أو تعارضه مع الأخلاق، أي مع العدالة، فكل قاعد تتطابق مع العدالة تصنف بوصفها قاعدة قانونية، ويعترف بطابعها القانوني، ويقر لها بهذه الصفة. وأما تلك التي لا تتطابق مع العدالة فينكر طابعها القانوني، وبالتالي تجرد من صفتها القانونية، ولا يعترف بها كقاعدة قانونية، من هنا تكون الصفة التصنيفية هي الصفة المميزة لهذا النوع من الإرتباط – المعرب.

(1) قارن درایر Dreier، س 1991، ص 99. والتسميات الأخرى لما أطلقنا عليه حجة الظلم: Tyrannis-, lex corrupta, Perversions- und Totalitarismusargument

بصيغة حجة الظلم من وجهة نظر المراقب صحيحة. وهنا لا بد من التفريق بين القواعد المنفردة للنظام القانوني و بين النظام القانوني ككل.

المطلب الأول
القواعد المنفردة
Einzelne Normen

لعل أشهر عبارة تتحدث عن حجة الظلم فيما يتعلق بالقواعد المنفردة ترجع إلى الأستاذ كوستاف رادبروخ Gustav Radbruch. فقد صاغ عبارته الشهيرة والتي صارت تعرف في الفقه الألماني بصيغة رادبروخ كما يلي:

"إن النزاع بين العدالة من جهة، والقانون أو الثقة بالقانون من جهة ثانية، يجب أن يحسم بأن يكون للقانون الوضعي الذي يحوز المشروعية والنفاذ الأولوية، حتى ولو كان مضمونه جائراً وغير صالح. على أنه إذا بلغ تعارض القانون الوضعي مع العدالة حداً لا يمكن تحمله، فمن المفروض أن يخلي القانون بوصفه قانوناً ظالماً مكانه للعدالة."[1]

ولا شك أن هذا التفسير يبرر قرار الجنسية المذكور أعلاه والكثير من قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية العليا والمحاكم الإتحادية.

السؤال الذي يطرح فيما إذا كانت صيغة الأستاذ رادبروخ Die Radbruchsche Formel مقبولة من وجهة نظر المراقب. يمكن أن نذكر على سبيل المثال

---

(1) رادبروخ Radbruch، س 1973، ص 345. للإطلاع على نبذة عن حياة الأستاذ رادبروخ، أنظر الملحق في نهاية هذا الكتاب.

ثانية اللائحة رقم 11 لقانون الجنسية الألماني تاريخ 1941/11/25، فوفقاً لأحكام هذه اللائحة حرم المهاجر اليهودي من جنسيته الألمانية لأسباب عرقية عنصرية. وقد رأت المحكمة الدستورية الإتحادية العليا بعد التدقيق وعلى ضوء تلك الصيغة أن هذه اللائحة معدومة في الأساس. وهذا بطبيعة الحال كان وفقاً لوجهة نظر قضاة المحكمة أي من وجهة نظر المشترك. ولكن كيف يكون الحال من وجهة نظر المراقب. كيف يمكن لمراقب معاصر للنظام القومي الإجتماعي (الحكم النازي) مثل رجل القانون الأجنبي الذي يريد أن يكتب في مجلة قانونية متخصصة في بلده مقالاً عن النظام القومي الإجتماعي، يصف فيه الوضع القانوني لليهودي الذي حرم من الجنسية. لا شك أن كل من في وطنه سيفهم العبارة الذي تقضي بأن:

(1) "س من الناس فقد جنسيته طبقاً للقانون الألماني"

دون الحاجة إلى إضافة أي توضيحات. ولن يكون الحال كذلك عند القول بأن:

(2) "س من الناس لم يفقد جنسيته الألمانية طبقاً للقانون الألماني"

فإذا لم يعقب هذه الجملة توضيحات إضافية، سيظن القارئ أنه فهم بشكل خاطئ أو بالعكس.

يتبين لنا مما تقدم أن وجهة نظر المراقب هنا تتلخص بأنه ليس من الضروري بأي حال وجود عناصر أخلاقية في مفهوم القانون. وهنا يثور التساؤل فيما إذا كان وجود عناصر أخلاقية في مفهوم القانون مستحيل أو غير ممكن منطقياً. لنفترض أن مقالة المراقب يحتوي على الجملة التالية:

(3) "س من الناس لم يفقد جنسيته الألمانية طبقاً للقانون الألماني، على الرغم أن المحاكم والسلطات الألمانية تتعامل مع س على أنه فاقد للجنسية الألمانية، وتستند في ذلك على منطوق قاعدة موضوعة طبقاً لمعايير سريان النظام القانوني النافذ في ألمانيا"

فهذا الكلام ينطوي على تناقض في وصف وجهة نظر المراقب. فبالنسبة للمراقب فإن تعامل المحاكم والسلطات الألمانية المستند إلى منطوق القواعد القانونية والتي سنت بشكل تراعي معايير سريان النظام القانوني النافذ، يعتبر قانوناً صحيحاً لا غبار عليه. فمن الواضح أن هناك إستخدام لمصطلح القانون من منظور المراقب، حيث يعتبر من وجهته أن تضمين المفهوم القانوني للقاعدة المنفردة بالعناصر الأخلاقية التصنيفية ليس أمر غير ضروري فحسب بل وغير ممكن أيضا.

ولا يمكن الإعتراض على ذلك بالقول إن المراقب المفترض قد يختم مقاله بالسؤال التالي:

(4) "س من الناس جرد من الجنسية الألمانية تبعا للأنظمة الألمانية النافذة، وهذا التجريد مؤثر اجتماعياً ولكن هل هذا <u>قانون</u>!"[1]

بهذا السؤال يختتم موقف المراقب ويبدأ موقف الناقد. ولا شك عبارة القانون الواردة في نهاية السؤال معنى آخر.[2]

---

(1) يشير تغيير المعنى هنا أيضا بأن ما هو ضروري منطقياً أو تحليلياً هو صحيح، وفيما يتعلق بالفرضية بأن الذي يكون ضرورياً منطقياً وتحليلياً هو صحيح ومستقل عن التعامل، قارن هملين Hamlyn، س 1967، ص 108

(2) هوريستر Hoerster س 1987، ص 187

وعليه فمن الثابت بأن فرضية الإرتباط عند رادبروخ، لا تستند وفقاً لوجهة نظر المراقب على وجود إرتباط حكمي مفهومي بين القانون والأخلاق.

وينفذ إلى هذه الحجة المنطقية التحليلية تفكير غائي وبالتالي حجة معيارية. لقد أدعى نوربرت هورستر Norbert Hoerster أنه من الضروري أولاً أن تحوز القواعد القانونية الموضوعة طبقاً للأصول والمتمتعة بالفاعلية، مثل اللائحة رقم 11 صفة حيادية قيميه، وأنه لا يوجد ثانياً بديل لمصطلح القانون يمكن إستخدامه.[1] فإدعائه فيما يتعلق بوجهة نظر المراقب جدير بالتأييد. إن الإعتبارات التحليلية والإعتبارات المعيارية تقود إلى أن فرضية الإنفصال الوضعية صحيحة من وجهة نظر المراقب، الذي يمعن النظر في القواعد المنفردة، ويسأل عن علاقة إرتباط تصنيفية. وعليه فإن حجة الظلم لرادبروخ غير مقبولة من وجهة النظر هذه.

المطلب الثاني

الأنظمة القانونية

Rechtssysteme

إن ما ينطبق على قاعدة قانونية منفردة، لا يشترط أن ينطبق على النظام القانوني بمجمله.[2]

---

(1) إن الفرضية التي تقول بأن ما ينطبق على وجهة النظر الخارجية المبينة ينطبق أيضا على وجهات النظر الأخرى هي فرضية خاطئة (أنظر هورستر Hoerster، س 1987، ف 187). حيث أن وجهات النظر المختلفة يمكن أن تتناظر مع مفاهيم قانونية مختلفة، وهذا ما يفترض أن يحدث وسوف يكون من اللازم إيضاحه.

(2) قارن في ذلك: هارت Hart، س 1971، ص 46

وعليه لا بد من التساؤل فيما إذا كان هناك إرتباط حكمي مفهومي بين النظام القانوني ككل وبين الأخلاق. وسيطرح السؤال مرة أخرى من وجهة نظر المراقب الذي يستفسر عن علاقة إرتباط تصنيفية بين القانون والأخلاق، أي الذي يريد أن يعرف فيما إذا كانت مخالفة النظام القانوني للمتطلبات الأخلاقية مهما كانت تجرد هذا النظام من طابعه كنظام قانوني أي تجرده من مشروعيته.

لا بد من التفريق بين نوعين من المتطلبات الأخلاقية والتي يمكن أن ترتبط بصلات وثيقة بالنظام القانوني: المتطلبات الأخلاقية الشكلية والمتطلبات الأخلاقية الموضوعية. وكمثال على نظرية تدعي وجود علاقة إرتباط بين النظام القانوني والمعايير الأخلاقية الشكلية نذكر نظرية الأخلاق الداخلية في القانون internal morality of law للأستاذ فولر Fuller. فالأستاذ فولر يعتبر أن المتطلبات الأخلاقية الكامنة في القانون تتجلى في مبدأ الشرعية legality، ومبدأ عمومية القانون generality of law، ومبدأ علنية القانون promulgation، ومبدأ عدم رجعية القوانين retroactive laws.[1]

وبالمقابل نكون بصدد علاقة إرتباط بين النظام القانوني وبين المعايير الأخلاقية الموضوعية، عندما لا تعتبر الأنظمة القانونية التي لا تحقق معايير عدل جوهرية معينة نظماً قانونية كما يدعي الأستاذ اوتفريد هوفه Otfried Hoeffe.[2] ويحدد الأستاذ هوفة معايير العدل الجوهرية من خلال مبدأ المنفعة المتبادلة،

---

(1) فولر Fuller، س 1969، ص 46 وما بعدها

(2) هوفة Hoeffe، س 1987، ص 159، 170

والذي يتضمن مبدأ الأمن الجماعي، ويتطلب فيما يتطلب من جميع الأفراد الذين يخضعون للنظام القانوني، أن ينتهوا عن ارتكاب القتل بأنواعه والسرقة بأشكالها.[1]

ولا بد من التفريق بين الإرتباط الواقعي والإرتباط المفهومي، لتوضيح هذا النوع من الروابط.[2] فالنظام القانوني الذي لا يتضمن قواعد عامة، أو الذي يحتوي قواعد قانونية سرية فقط، أو الذي يقول برجعية النصوص القانونية، أو الذي لا يحمي حياة أفراده، ولا يصون حريتهم، ولا يحافظ على ملكيتهم، ليس له بالنظر إلى الخصال الموجودة في العالم والبشر نصيب بدوام سريانه، ولا في إستمرار وجوده بهذا المعنى. وهذه حقيقة واقعية هامة وبسيطة، ولكن لا مجال هنا لبحثها. والسؤال الذي يرد فيما إذا كان مثل هذا النظام يندرج تحت مفهوم النظام القانوني.

هناك نوعين من الأنظمة الإجتماعية، لا يعتبران ولأسباب منطقية نظامين قانونيين، بمعزل عن إمكانية سريانهما أم لا هما: النظام اللصوصي أو الغاصب Die raeuberische oder praedatorische Ordnung والنظام الأجوف Die sinnlose Ordnung. ويكون النظام أجوفاً، عندما تستولي مجموعة من الأشخاص على الحكم، دون أن يكون لها أهداف ثابتة معلنة، أو يكون لها أهداف، ولكن من غير الممكن تحقيقها على وجه الإستمرار. وبهذا يمكننا أن نتصور عدداً هائلاً

---

(1) المرجع السابق، 169 وما بعدها

(2) يستهدف كلسن علاقة واقعية مجردة، عندما يشير إلى حد أدنى من الأمن الجماعي كشرط للفاعلية الطويلة نسبياً (كلسن، س 1960، ص 49 وما بعدها) لا كعنصر أخلاقي ضروري في المفهوم القانوني.

من البشر، يخضعون تحت سيطرة مجموعة مسلحة خارجة على القانون، استولت على الحكم دون وجه حق، ولا يكون للمحكومين أية حقوق، ويباح كل عمل من أعمال العنف داخل الفئة المسلحة. وفيما عدا قاعدة الإباحة هذه، لا يسود في المجموعة أي قاعدة عامة.[1] حيث يعطي المسلحون للمحكومين أوامر فردية، بعضها متناقض، وبعضها متغير دائماً، وبعضها لا يمكن تحقيقه أي غير قابلة للتحقيق. وعندما ينصاع المحكمون للأوامر، فما ذلك إلا لخوفهم من العنف. مثل هذا النظام هو ولأسباب منطقية نظام غير قانوني.

ويصبح النظام الأجوف Die sinnlose Ordnung هذا نظاماً لوصوصياً غاصباً، عندما يتحول هؤلاء الخارجون على القانون، الذين استولوا على النظام إلى عصابة لصوصية منظمة. ويشترط لذلك على الأقل أن تسود قاعدة منع إستخدام العنف بين المسلحين، وقاعدة تدرج إعطاء الأوامر بحسب الرتب. ويفترض أبعد من ذلك أن يسن نظام قانوني بالنسبة للمحكومين، له هدف واحد، هو الإهتمام بأن يبقى المحكمون على الدوام أدوات مسخرة مناسبة. وكمثال شديد التطرف لذلك نسوق المثال التالي: واحد من المصادر الرئيسة لإيرادات هؤلاء اللصوص تكمن في أنهم يقتلون الرعايا لبيع أعضاءهم. ومن أجل هذه الغاية، ولكي يوقعوا أكبر عدد ممكن من الضحايا، فإنهم يمنعون التدخين، وشرب الكحول، وتعاطي المخدرات وأعمال العنف بين المحكومين. هذه القواعد لا تنشأ حقوقاً تجاه هؤلاء اللصوص،

---

(1) لا يتحدث كلسن هنا عن عصابة لصوص، لأن الخارجين عن القانون، لا يشكلون جماعة، بسبب غياب قاعدة منع إستخدام العنف، وبالتالي فهم لا يكونون عصابة (كلسن Kelsen، س 1960، ص 48).

فمن الواضح لأي إنسان، هدف الإستغلال عند هذه الفئة الرديئة. هؤلاء اللصوص لا يدخرون جهداً لإخفاء هذا الهدف. ويمكن لأي شخص أن ينازع فيما إذا كان النظام القانوني الساري بين هؤلاء اللصوص هو نظام قانوني، على أن النظام القانوني ككل، لا يمكن ولأسباب منطقية أن يكون نظاماً قانونياً.[1] ولكي نبرهن على ذلك لا بد من ملاحظة نظام ثالث.

على المدى البعيد يظهر النظام اللصوصي على أنه نظام غير مناسب. تسعى الفئة المتسلطة، أو بعبارة أخرى يسعى هؤلاء اللصوص، لأن يسبغوا الشرعية على تصرفاتهم، ولذلك يتحولون إلى مستبدين، ويتحول نظامهم من نظام لصوصي Die praedatorische Ordnung إلى نظام مستبدين Die Herrscherordnung. ويستمرون في إستغلالهم للمحكومين. وتتم أفعال الإستغلال هذه بطرق عملية منظمة. حيث يمكن الإدعاء تجاه أي شخص، أن هذه الممارسات صحيحة، لأنها تؤدي لتحقيق هدف سامي، يتجسد مثلاً في تطوير المجتمع وتقدمه. ويمكن في كل وقت ممارسة أفعال القتل والنهب ضد أحد الرعايا، للمحافظة على مصالح الحكام، وترسيخ واقع الاستغلال. على أن ممارسات القتل والنهب هذه، تخضع للعقاب عندما لا تتم بشكل محدد، كما لو لم يتخذ القرار بإجماع ثلاثة أعضاء من المجموعة، أو لم يمكن تبريرها علانية من خلال هدف تطوير المجتمع.

---

(1) النظام اللصوصي هو وضع تقود فيها حجة العصابة اللصوصية عند أوغستين إلى فقدان الكيفية القانونية، وإنكار الطابع القانوني، قارن ما كتبه، س 1979، ص 222: Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna? وهذه العبارة تعني أنه عندما تفقد العدالة فهل يبقى غير مجموعة من اللصوص؟

وفي هذه المرحلة من تطور هذا النظام يتم تخطي عتبة الدخول للحكم وترسيخ دعائمه. ومما لا شك فيه أن هذا النظام جائر للغاية. بحيث يتعذر منطقياً أن نصفه بالنظام القانوني. وهنا يطرح السؤال: أين يكمن الفارق بين نظام المستبدين Das Herrschersystem من جهة، ونظام الخارجين عن القانون وقطاع الطرق Das Desperado- und Banditensystem من جهة أخرى. إن الفارق بين النظامين لا يكمن في أن القواعد العامة تسري كيفما كان، وهذا هو الحال في نظام قطاع الطرق. وهي لا تكمن أيضا في أن نظام المستبدين نظام مفيد كذلك للجميع، حيث يحمي في أقل مستوى الحياة والحرية والملكية، على الرغم من أن ممارسات القتل والنهب للمحكومين تبقى ممكنة في كل وقت. الفارق الحاسم يكمن في أنه في ظل نظام المستبدين ينص في الواقع على مبدأ مراعاة العدالة Ein Anspruch auf Richtigkeit* ويدعى بها تجاه أي كان.

---

* إن السؤال فيما إذا كان القانون يعلن مبدأ مراعاة العدالة Anspruch auf Richtigkeit، يجب أن يفرق عن السؤال عن جوهر ومضمون هذا المبدأ. ويمكن الإجابة على السؤال المتعلق بمضمون هذا المبدأ، بالتفريق بين التشريع والقضاء. إن واجب مرعاة العدالة بالنسبة للمشرع Gesetzgeber يتضمن ثلاث عناصر هي: العدالة Gerichtigkeit والحكمة أو الصواب Richtigkeit والتقاليد Tradition أوالقيم الموروثة. والعنصر الأهم أو المعيار الأهم هو العدالة. والعدالة ليست إلا صحة توزيع الميزات والتبعات والموازنة بين الذنب والعقوبة، بين الضرر والتعويض بين الأداء ومقابله، أو بعبارة بسيطة فالعدالة هي صحة التوزيع والموازنة Gerichtigkeit ist Richtigkeit in Bezug auf Verteilung und Ausgleich. والقانون لا يجب أن يكون عادلاً فحسب، بل يجب أن يكون صائباً ينطوي على الحكمة أيضاً، ولكن ضمن إطار العدالة. وضمن إطار العدالة يوجد مكاناً أيضاً للقيم الموروثة (التقاليد). بالإضافة إلى ذلك تطبع هذه القيم التصورات الموجودة حول الحق والباطل .... »

إن مبدأ مراعاة العدالة Ein Anspruch auf Richtigkeit هو عنصر جوهري في مفهوم القانون. هذا العنصر سوف يشار إليه لاحقاً بحجة العدالة

... » وبنفس الوقت يمكن أن يطرح السؤال، فيما إذا كانت هذه القيم الموروثة عادلة. وعليه فالعدالة تتحكم بإستخدام المعيارين الأخرين (الحكمة والتقاليد). وبالتالي فإن مبدأ مراعاة العدالة بالنسبة للمشرع يعني قبل كل شيء وجوب مراعاة الإنصاف Anspruch auf Gerechtigkeit. ومبدأ مراعاة العدالة بالنسبة للقاضي يبدو تارة أبسط وتارة أعقد. يبدو أبسطاً لأن القاضي لا يجب أن يضع القانون، بل يجب أن يطبقه. فإذا كان القانون عادلاً، فيلزم بشكل حتمي ترتيب الأثار القانونية على الوقائع الثابتة، بحيث أن مبدأ مراعاة العدالة يتحجم في هذه الحالة في حدود تطبيق القانون العادل بشكل صحيح وبسيط. ويمكن أن يصبح تطبيق القانون معقداً في ثلاث حالات هي (1) أن يكون القانون غامضاً غير واضح، (2) أن يكون القانون ظالماً غير عادل، (3) أن تكون الوقائع مشكوك فيها. ويكون القانون غامضاً: (1) إذا تضمن نقصاً، أو (2) إذا تضمن قواعد متناقضة، (3) أو إذا تضمن قواعد غير محددة. وهنا يجب على القاضي أن يضيف تقديراته إلى تقديرات المشرع. وفي المجال الذي يضيف تقديراته يبرز مبدأ مرعاة العدالة. والذي يعني مضمونه هنا أن يراعي قرار القاضي أولاً القانون النافذ، وأن يسد ثانياً النقص القائم بالشكل الصحيح. إن المعيار الأهم لسد الفراغ القانوني هو معيار العدالة، وعندما يكفل تحقيق العدالة، يمكن أن يأتي دور الحكمة والتقاليد. إن واجب القاضي أن يطبق القانون العادل بشكل صحيح يتضمن في الحالات المعقدة بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر مبدأ مراعاة العدالة. فيدعى بمراعاة العدالة بشكل غير مباشر بأن يدعى، بأن القرار تحدد من خلال القانون أو أسس بناءاً على القانون، ويدعى مراعاة العدالة بشكل مباشر، بأن يدعى، بأن القرار، ولو أنه لم يتحدد من خلال القانون، فهو قرار عادل. في الحالة المعقدة يبرز مبدأ مراعاة العدالة، عندما يجب تطبيق القانون الظالم على نحو أكيد على هذه الحالة. في هذا الوضع يصطدم واجب مراعاة العدالة مع واجب القاضي بإتباع القانون. وهذا التنازع يمكن حله من خلال الموازنة. فمبدأ الثقة بالقانون يشكل الجانب الشكلي للعدالة، وهنا يمكننا الحديث عن الموازنة بين العدالة الشكلية والعدالة الموضوعية. فالعدالة الشكلية لها الصدارة من حيث المبدأ، على أنه إذا تأذت العدالة الموضوعية بشكل كبير، فيجب منحها الأولوية. وفي كلا الحالتين يدعى بأن تؤخذ العدالة بالإعتبار وبشكل صحيح. (توضيح المؤلف للقارئ العربي ـــ غير موجود في النسخة الألمانية)

Richtigkeitsargument، وسوف يتم تناوله في القسم التالي. ونود أن نؤكد هنا على ضوء هذا التفسير، أن النظام القانوني الذي لا ينص على مبدأ مراعاة العدالة Ein Anspruch auf Richtigkeit سواء بشكل ضمني، أو بشكل صريح، هو نظام غير قانوني. فأي نظام قانوني يجب أن ينص على مراعاة االعدالة.[1] من هنا يكتسب مبدأ مراعاة العدالة بعداً تصنيفياً. فالمراقب يستطيع أن ينعت النظام القانوني، الذي لا ينص بشكل ضمني أو صريح على مراعاة العدالة، بأنه نظام قانوني بالمعنى المجازي. ولا يتمخض عن ذلك نتائج عملية ذات شأن. فالأنظمة القانونية القائمة تدعي على وجه الإستمرار بمراعاة العدالة، وهذا مبرر إلى حد ما. المشاكل العملية المهمة التي تبرز هنا هو أننا نستطيع الإدعاء بمراعاة العدالة، ولكن هذه الأخيرة لا تحقق. من الأهمية بمكان هنا معرفة النتائج المنهجية المترتبة على مراعاة العدالة. ومن الواضح أن الإدعاء بمراعاة العدالة يحصر فرضية الإنفصال الوضعية بين القانون والأخلاق من وجهة نظر المراقب في مجال أوسع. وتسري فرضية الإنفصال في هذا الإعتبار بشكل مطلق عندما يتعلق الأمر بالقاعدة القانونية المنفردة. ولكن فيما يتعلق بالنظام القانوني تصطدم فرضية الإنفصال في الحالات غير الممكنة واقعياً والحالات المغالى بها بالحدود التي تتعين من خلال مبدأ مراعاة العدالة. وهذا الأخير يتحرك من المحيط إلى المركز عندما يتعلق الأمر بوجهة نظر المراقب. وعليه يشكل مبدأ مراعاة العدالة رابطاً بين وجهة نظر المراقب ووجهة نظر المشترك.

---

(1) هذه العبارة تشكل المدخل لإعادة صياغة منطقية لعبارة الأستاذ رادبروخ المبهمة التي تقول: "القانون هو الواقع الذي ينطوي على معنى خدمة قيمة العدل وفكرة الحق (رادبروخ، س 1973، ص 119). أنظر ملحق الكتاب للإطلاع على فكر الأستاذ كوستاف رادبروخ.

المبحث الرابع

وجهة نظر المشترك

Die Teilnehmerperspektive

لقد تبين لنا أن فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق الذي يعتنقها المذهب الوضعي صحيحة في جوهرها وفقاً لوجهة نظر المراقب. على أن هذه الفرضية تتصدع في بعض الحالات المغالى بها، وقليلة الإحتمال في الواقع عندما لا يعلن النظام القانوني مراعاة العدالة Ein Anspruch auf Richtigkeit. وتكون الصورة مختلفة تماماً عندما ينظر إلى القانون من وجهة نظر المشترك مثل القاضي. فمن هذه الوجهة تبدو فرضية الإنفصال غير صحيحة، وعلى العكس من ذلك تبدو فرضية الإرتباط هي الصحيحة. ولكي نبرهن على هذا لابد من ملاحظة ثلاث حجج: حجة العدالة Das Richtigkeitsargument وحجة الظلم Das Unrichtsargument والحجة المبدئية Das Prinzipienargument.

المطلب الأول

حجة العدالة

Das Richtigkeitsargument

تشكل حجة العدالة الأساس للحجتين الباقيتين: حجة الظلم والحجة المبدئية. تقضي هذه الحجة بأنه لا بد من أن يعلن مبدأ مراعاة العدالة سواء فيما يتعلق بالقواعد القانونية المنفردة أو القرارات القضائية الفردية أو فيما يتعلق بالأنظمة

القانونية ككل. فالأنظمة القانونية التي لا تعلن بشكل صريح أو ضمني مبدأ مراعاة العدالة ليست أنظمة قانونية. وهنا يكتسب مبدأ مراعاة العدالة بعداً تصنيفياً في هذا السياق. على أن الأنظمة القانونية التي تعلن هذا المبدأ، ولكنها لا تحققه هي من الناحية القانونية أنظمة قانونية معيبة. ومن هذه الوجهة يكتسب مبدأ مراعاة العدالة بعداً نوعياً. ويحوز مبدأ مراعاة العدالة بعداً نوعياً أيضاً فيما يخص القواعد القانونية المنفردة والقرارات القضائية الفردية. فهذه القواعد والقرارات تعتبر معيبة من الناحية القانونية إذا لم تعلن مبدأ مراعاة العدالة أو لم تحققه.

ويمكن أن يرد على مبدأ مراعاة العدالة إعتراضاً بأنه غير صحيح القول بأن مبدأ مراعاة العدالة مرتبط بالقانون على وجه إلزامي، ولدحض هذا الإعتراض نستعرض المثالين التالين:

المثال الأول:

يتناول المثال الأول المادة الأولى من الدستور الجديد للدولة (س) والتي بمقتضاها تضطهد الأقلية فيها الأكثرية. فالأقلية تريد أن تنعم على وجه الإستمرار بمزية اضطهاد الأكثرية وتريد أن تكون بنفس الوقت صادقة وصريحة. فيسن المجلس التأسيسي لهذه الدولة المادة الأولى من الدستور التي تنص على ما يلي:

(1) س جمهورية إتحادية مستقلة غير عادلة

هذا النص الدستوري ينطوي على عيب،[1] والسؤال الذي يطرح نفسه أين يكمن العيب في هذا النص.

---

(1) للمقارنة مع حجة مشابه أنظر ماك كورميك Mac Cormick، س 1986، ص 141

يمكن القول أن العيب يكمن فقط في أن هذه المادة غير صحيحة (متناقضة). الأقلية تريد المحافظة على حالة الظلم. ولكن إمكانية تحقيق هذه الغاية تزداد عندما تدعي الأقلية على الأقل أن الدولة عادلة. ومثل هذا العيب الفني موجود فعلاً. ولكنه لا يفسر حتى الآن العيب في هذا النص. ويمكن أن نفترض أن هذه النص ألغى النظام الملكي السائد عندما قضى بأن (س) دولة جمهورية. ويمكن أن نذهب أبعد من ذلك بالإفتراض أن الأغلبية المظلومة تجل النظام الملكي السابق وتقدسه. ولذلك فإنها تشكل خطراً كبيراً في الحالة الراهنة بعد دخول النظام الجمهوري، تماماً كالخطر الناتج عن نعت الدولة بعدم العدالة. وعليه فإنه يفترض في حال إعتبار أن النص على بند عدم العدل أو الظلم هي مجرد خطأ فني فقط، فإن المشرع الدستوري بنصه على أن (س) دولة جمهورية ارتكب الخطأ نفسه عندما نص على (س) دولة غير عادلة وهذا الإفتراض غير سليم لأن النص أن (س) دولة جمهورية لا يخالف المنطق، بخلاف النص على أن (س) دولة غير عادلة.

فلا بد والحالة هذه من إعطاء تفسير أخر للعيب الذي يعتور هذه المادة. فيمكن أن نفترض أن هناك عيباً أخلاقياً. من المؤكد وجود مثل هذا العيب، ولكنه من السهولة بمكان هنا أن ندرك أن هذا التفسير غير كاف، بمعنى أنه ليس تفسيراً كاملاً. ويمكن أن نفترض أن عدم العدالة تكمن في أن الرعايا الذين ينحدرون من عرق معين يحرمون من حقوق محددة. ومن وجهة النظر الأخلاقية ليس هناك من فرق إذا شطبت العبارة التي تقول بان (س) دولة غير عادلة من المادة المذكورة

واستعيض عنها بنص في المادة اللاحقة ينص على حرمان الرعايا الذين ينحدرون من عرق معين من حقوق محددة. ولكنه يبقى الفرق قائماً من ناحية العيب.

قد يتم تفسير العيب الذي يعتور النص السابق في أن الأمر يتعلق في مخالفة النص للعرف الشائع غير الملزم حول كتابة النصوص الدستورية، أي أن هناك خطأ عرفي. لا شك أن هناك خرق للعرف الشائع. على أن هذا التفسير يعتبر ناقصاً. فالقاعدة التي تم خرقها هي ليست مجرد عرف فحسب. يجب أن نلاحظ هنا بأن القاعدة لا يمكن أن تتغير في ظل الظروف والموازين المتغيرة، إنها قاعدة جوهرية بالنسبة لعمل المجلس التأسيسي. ومن الواضح بالنسبة لهذا الأخير أن مادة في الدستور تقول بأن:

(2) "س دولة عادلة"

هي مادة زائدة لا حاجة لها.

وبذلك لا يبقى إلا الخطأ المعنوي، وتستعمل عبارة الخطأ المعنوي هنا بالمعنى الواسع، بحيث تستوعب أيضا مفهوم خرق القواعد، والتي تعتبر جوهرية طبقاً للمفاهيم اللغوية. ومن الضروري هنا ربط عمل المجلس التأسيسي بواجب مراعاة العدالة. إن المشرع يرتكب تناقضاً جوهرياً عندما ينكر وجود مبدأ مراعاة العدالة في صلب عمل المجلس التأسيسي، على الرغم من أنه يدعي بهذا الحق في التطبيق.[1]

---

(1) في هذا المجال هناك مثال مشهور للأستاذ جون لانكشاو اوستين John Langshaw Austin يقول: القطة على الحصيرة ولكن لا أعتقد أنها هي The cat is on the mat but I do not believe it is، أنظر اوستين Austin، س 1962، ص 48 وما بعدها، ومقالته س 1970، ص 63 وما بعدها.

المثال الثاني:

نفترض في المثال الثاني أن يصدر القاضي القرار التالي:

(3) يحكم المدعى عليه، بما هو خطأ، بعقوبة السجن المؤبد.

هذه العبارة تحتاج للتوضيح. حيث بإمكان القاضي أن يقول بأن قراره يخالف القانون الوضعي. وبإمكانه أن يقول أيضا أن قراره يوافق القانون الوضعي. ولكنه قرار جائر. هذا التوضيح وذاك يقودان إلى مشاكل لا حصر لها. والتي لن نعالجها هنا. وما يهمنا هنا فقط التوضيح التالي:

(4) يحكم المدعى عليه، ما يعتبر تفسيراً خاطئاً للقانون النافذ، بعقوبة السجن المؤبد.

مما لا شك فيه أن القاضي أصدر هذا الحكم انطلاقاً من دوره الإجتماعي، ضارباً عرض الحائط كل الأنظمة القانونية وقواعد القانون الوضعي أيضاً، الذي تلزمه بأن يفسر القانون الوضعي بالشكل الصحيح. يفترض أن القاضي يخرق القواعد الإجتماعية عندما يصدر قراراً وهو على قوس المحكمة بهيئة غير لائقة إجتماعياً (لباس وسخ ووجه غير حليق). وبالمثل يخرق القرار قواعد القانون الوضعي عندما يكون التفسير خاطئاً، مع أن القاضي يعتقد ويدعي بأنه صحيح. وعلى العكس يرتكب القاضي خطيئة عندما يظن خطأً، بأن تفسيره خاطئاً، وأن إشهار الخطأ في القرار لا يطعن بقواعد القانون الوضعي. وهكذا يبدو واضحاً أن ما يوجد هنا أكثر من مجرد مخالفة للقواعد الإجتماعية والقانونية.[1] فالقاضي يرتكب تناقضاً كبيراً وبالتالي

---

(1) أنظر رأي أخر لنويمن (نويمن Neumann، س 1986، ص 68 وماب) فالأستاذ نويمن يستشهد بالمثال التالي: "بسم الشعب يحكم على السيد (ن) بالسحن لمدة عشرة سنوات، مع أنه لا يوجد أسباب منطقية للإدانة".

خطأً معنوياً. ففي أي قرار قانوني يبرز الواجب بأن يطبق القانون بشكل صحيح وحتى لو لم يتحقق هذا الحق إلا بشكل بسيط. فمنطوق هذا القرار يخالف واجب تطبيق القانون بالشكل الصحيح.

فالمثالين السابقين يظهران بأن المشترك في نظام قانوني يطالب على مختلف الأصعدة بمراعاة العدالة. أما متى وإلى أي حد يتضمن هذا الحق محتويات أخلاقية فهذا ما توضحه علاقة الإرتباط الحكمية بين القانون والأخلاق.

والواقع إن فرضية الإرتباط بين القانون والأخلاق لم يتم إثباتها حتى الآن. فيستطيع أصحاب مذهب القانون الوضعي، أن يقروا بحجة العدالة، ويبقوا على رأيهم بتبني فرضية الإنفصال بين القانون والأخلاق. وفي هذه الحالة يكون أمامهم خياران، فيستطيعون أولاً أن يؤكدوا أن عدم تحقيق مبدأ مراعاة العدالة لا يؤدي إلى عيب في القانون. فواجب مراعاة العدالة يقوم بإستثناء بعض الحالات التي يدق فيها الأمر حول طبيعة النظام القانوني على إفتراض إرتباط نوعي في كل الأحوال، وليس إرتباط تصنيفي ولا بأي حال. ولذلك فإن فرضية الإرتباط بوصفها علاقة إرتباط تصنيفي تبدو من خلال حجة العدالة فيما عدا بعض الحالات التي يدق فيها الأمر المذكورة سابقاً غير صحيحة. وأما الخيار الثاني التي يمكن لأصحاب مذهب القانون الوضعي أن يتبعوه فهي أن يدعوا، بأن واجب مراعاة العدالة ينطوي على مضمون تافه خال من أي محتوى أخلاقي، مما لا يمكن أن يؤدي إلى القول بالإرتباط الحكمي بين القانون والأخلاق. الخيار الأول يقودنا إلى حجة الظلم والثاني يقودنا إلى الحجة المبدئية.

المطلب الثاني

حجة الظلم

Das Unrechtsargument

يمكن تناول حجة الظلم من جهة القواعد القانونية المنفردة، أو من زاوية الأنظمة القانونية ككل، وعليه لا بد أولا من تناول حجة الظلم بالنظر إلى القواعد القانونية المنفردة.

أولا: القواعد القانونية المنفردة Einzelne Normen

بالنظر إلى القواعد القانونية المنفردة يقال بأن القواعد القانونية المنفردة في نظام قانوني تفقد طابعها القانوني، وبالتالي شرعيتها إذا تجاوزت حدود معينة للعدل، أي إذا كانت ظالمة. ولعل أبرز عبارة تجسد ذلك هي صيغة رادبروخ، والتي سبق تقييم مدى صحتها من وجهة نظر المراقب، حيث تبين عندها عدم صحتها. وهنا يثور التساؤل فيما إذا كانت حجة الظلم، بالصيغة التي وضعها رادبروخ مقبولة من وجهة نظر المشترك. على أنه لا بد هنا من الإشارة إلى أن صيغة رادبروخ لم تنص على تجريد القاعدة القانونية من طابعها القانوني لمجرد أنها ظالمة. فلا بد من توافر درجة معينة من الظلم، أي أن تبلغ على حد تعبيره "حداً لا يمكن تحمله Ein untruegliches Mass للقول بفقدانها الطابع القانوني. وكمثال على ذلك يمكن أن نذكر ثانية اللائحة رقم 11 للقانون المدني للإمبراطورية الألمانية (الرايخ).

من المتفق عليه في أيامنا هذه أن النقاش حول صيغة رادبروخ لا يمكن حسمه بالحجج المجردة أو التحليلية فقط. إن الأمر يتعلق أيضاً بتكوين مفهوم صحيح

وملائم، يبرر بالإستناد إلى الحجج المعيارية.[1] ولابد هنا من أن تراعى حجة العدالة فعلاً. بحيث يجب تقييم الحجج المعيارية التي تدعم أو تدحض حجة الظلم على ضوئها. وعندما ذكرنا سابقاً بأن الحجة المعيارية تشكل الأساس لحجة الظلم فقد قصدنا هذا المعنى بالذات.

سنوجز المواقف المتعددة في النقاش حول صيغة رادبروخ بشكل رئيسي في ثمان ذرائع: الذريعة اللغوية Das Sprachargument، ذريعة الوضوح Das Klarheitsargument، ذريعة الفاعلية Effiktivitaetsargument، ذريعة الثقة بالقانون Das Rechtssicherheitsargument، الذريعة النسبية Das Relativismusargument، ذريعة الديمقراطية Das Demokratieargument، ذريعة اللاضرورة Das Unnoetigkeitsargument، والذريعة النزيهة Das Redlichkeitsargument.

1- الذريعة اللغوية Das Sprachargument

تذكر الذريعة اللغوية المجردة إنطلاقاً من غموض وعدم تحديد عبارة "القانون Recht"، وليس لدحض أو تأييد حجة الظلم Unrechtsargument. ويمكن تبني الفرضية المعيارية التي تقول بأن إدخال عناصر أخلاقية في مفهوم القانون، وهو ما تؤيده حجة الظلم، يؤدي إلى وضع لغوي غير ملائم. وعلى هذا يرى هورستر، أحد مؤيدي المذهب الوضعي، بأن عالم القانون الطبيعي الذي لا يعتبر اللائحة رقم

---

(1) قارن أعلاه ص 47

11 المشار إليها أعلاه قانوناً، أي لا يصنفها كقانون، يفوته أن يبين أي كلمة مستعملة في لغتنا يمكن أن تعبر عن المفهوم القانوني الأخلاقي الذي يتبناه في وظيفته القيمية الحيادية.[1] أن أصحاب القانون اللاوضعي يفقدون عموماً إمكانية وصف قاعدة قانونية كتلك المنصوص عليها في اللائحة رقم 11 في الحالات الطبيعية. على أن ذلك يمكن أن يتم بدون أي مشكلة فقط من خلال الإشارة إلى اللائحة المذكورة على أنها قانون.

ويلاحظ أعلاه بأن هذه الذريعة مقنعة من وجهة نظر المراقب.[2] ولكن الحال يتغير عند النظر إليها من خلال وجهة نظر المشترك. وهذا يمكن إيضاحه بالإستناد إلى التمييز بين القاعدة القانونية والمبدأ. فالمراقب يرى اللائحة رقم 11 كثمرة لإجراءات وضع القاعدة القانونية. والتي اشترك فيها أشخاص أخرين. وبالمثل يكون الأمر بالنسبة له فيما يتعلق بالقرار المعلل، فهو نتيجة لإجراء تطبيق القاعدة، لم يشترك فيه. فإذا اتفق القرار مع القاعدة القانونية فلا يوجد بالنسبة له أي مبرر لعدم نعت كلاً منهما بالقانون. فإذا لم يتفقا يكون أمام تسأل، فيما إذا كان يقتضي أن توصف بالتناقض أو تتحدد على أنها قانون من صنع القاضي.

أما من وجهة نظر المشترك فتظهر صورة مختلفة تماماً. فاللائحة 11 وإن كانت تبدو في البداية من وجهة نظر المشترك كالقاضي على أنها ثمرة لإجراء وضع

---

(1) هورستر Hoerster، س 1987، ص 187، ومقالته، س 1990، ص 27

(2) قارن أعلاه ص 63

القاعدة، ولكنها تكون هكذا بالنسبة له فقط للوصول إلى خصيصة ثانية. هذه الخصيصة هي نقطة الإنطلاق لإجراء تطبيق القاعدة، الذي أشترك فيه والتي تصطدم نتيجته مع مبدأ مراعاة العدالة.

فالذريعة اللغوية لا تتعلق هنا بحجج موضوعية جوهرية ولكنها تتعلق فقط بالإستخدام المناسب لعبارة القانون. وعليه فيجب أن لا تعرض الذريعة اللغوية بوصفها ذريعة جوهرية، ما يعني أنه يجب أن تتفق مع الفرضيات الجوهرية المختلفة. وتتجلى الفرضيات الجوهرية عندما يوجد أسباب قانونية مقنعة بحيث أن القاضي لا يطبق اللائحة رقم 11 المذكورة أعلاه بل يتخذ قراراً يخالف منطوقها. وفي ظل هذا الشرط يكون من غير المناسب أن يقول القاضي أن اللائحة 11 المذكورة قانوناً. ولأنه يحكم بالإستناد إلى الأسباب القانونية، فعليه أن يصف قراره بأنه قانوني. ولإن قراره يناقض اللائحة، فسيتمخض عن تصنيف اللائحة على إنها قانوناً أنه يجب عليه إعتبار القواعد القانونية المتناقضة مع بعضها البعض قانوناً، أي إعتبار القاعدة المقررة في اللائحة رقم 11 والقاعدة المعلنة في القرار قانوناً. هذا التناقض يمكن أن يحل دون أية مشكلة بأن يقول القاضي بأن اللائحة رقم 11 وإن كانت تبدو لأول وهلة كقانون prima facie Recht، إلا أنها بالنتيجة ليست قانوناً. وبذلك يقال بأنها في سياق إجراء التطبيق فقدت طابعها القانوني. ولكن عندما يوجد أسباب قانونية مقنعة لعدم تطبيق اللائحة 11 لا يمكن للقاضي أن يقول فقط بأن اللائحة ليست قانوناً، ولكن من الواجب عليه أن يفعل هذا ليتجنب التناقض. وعليه فإن الذريعة التي قال بها الأستاذ هورستر تعتبر صحيحة فقط عندما لا يكون هنالك أسباب قانونية مقنعة للحكم بخلاف منطوق القوانين المتطرفة في الظلم. ولكن عندما توجد

مثل هذه الأسباب القانونية، فإن ذريعة الأستاذ هورستر من وجهة نظر المشترك خاطئة. وفيما إذا لم يمكن وجود أسباب قانونية مقنعة من النوع المذكور على الإطلاق تبرز مسألة جوهرية لا يمكن تقريرها بالإستناد إلى التفكير حول الإستخدام اللغوي المناسب. وهذا يعني بأن ذريعة الأستاذ هوستر اللغوية لا يمكن أن تشكل إعتراضاً على إدخال عناصر أخلاقية في المفهوم القانوني المناسب إطلاقاً من وجهة نظر المشترك. على العكس من ذلك فعند وجود أسباب جوهرية لتضمين القانون بالعناصر الأخلاقية، يكون الإستخدام اللغوي نتيجة لهذا.

2- ذريعة الوضوح Das Klarheitsargument

الذريعة الثانية في النقاش حول صيغة الأستاذ رادبروخ هي ذريعة الوضوح، والتي نجد عند الأستاذ هارت صياغة تقليدية لها، يقول هارت في ذلك:

"إذا تبنينا وجهة نظر رادبروخ، وعبرنا معه ومع المحاكم الألمانية عن إحتجاجنا على القوانين الظالمة المستنكرة، بأن لا ننظر إلى القواعد القانونية الأكيدة المفتقرة للعدالة على أنها قانون، فإن هذا سيقودنا إلى بلبلة الأفكار في أجلى صورها، لأننا سنأتي على أشكال للنقد الأخلاقي في غاية التفاهة. عندما نسخر اللغة الواضحة نقول بأن القوانين الوضعية يجب أن تعتبر قوانين، ولكنها قوانين ظالمة مستنكرة، كل ذلك من أجل أن نحقق الطاعة لها. وهذا موقف أخلاقي يفهمه كل واحد منا، يتطابق رأساً وبوضوح مع النظرة الأخلاقية. ولكن إذا أردنا أن نصيغ إعترضنا بأن نعتبر أن القوانين الظالمة المستنكرة ليست قوانين، فإننا سندعي بشيء لا يصدقه الكثيرون، سيثير عندهم — هذا إذا كانوا مستعدين لأن يفكروا في ذلك- مسائل خلافية فلسفية على الخطة قبل أن يتم قبولها. عندما نملك الأدوات الثرية للغة الواضحة،

عندها يجوز لنا أن نعرض نقدنا الأخلاقي للقواعد القانونية لا بوصفها فرضيات فلسفية مثيرة للجدل."[1]

يبدو وللوهلة الأولى أن هذا الإعتراض غير صائب. فما لا شك فيه أن المفهوم القانوني الوضعي الذي يقوم على استبعاد العناصر الأخلاقية من مفهوم القانون، هو أبسط وأكثر وضوحاً من تلك الذي يحتوي العناصر الأخلاقية. على أننا يجب أن نلاحظ أن الوضوح والسهولة ليس هما الهدف الوحيد في بناء المفهوم القانوني. فالسهولة يجب أن لا تكون على حساب سلامة المفهوم وملاءمته.[2] علاوة على ذلك فإن المفهوم المعقد يمكن أن يكون واضحاً أيضاً. إننا قلما نخشى أن يتخبط رجال القانون عند إدخال عناصر أخلاقية في مفهوم القانون.[3] فلقد أعتاد رجال القانون على التعامل مع مفاهيم معقدة. وبالنسبة للمواطن فإن عدم الوضوح لا يتأتى من أن المفهوم القانوني ينطوي على عناصر أخلاقية، بل أن مجرد إطلاعه على أن القواعد القانونية الجائرة تعتبر قانوناً يمكن إن يبلبله ويوقعه في حيرة. ويكمن عدم الوضوح في أن الخطوط الفاصلة بين القواعد القانونية الممعنة في الظلم والقواعد القانونية غير الممعنة بالظلم من الصعب تمييزها في كثير من الأحوال. ولكن هذه ليس مشكلة ذريعة الوضوح، إنها مشكلة ذريعة الثقة بالقانون. إن ذريعة الوضوح تتعلق فقط فيما إذا كان من اللازم إدخال العناصر الأخلاقية في مفهوم القانون.

---

(1) هارت Hart، س 1971، ص 45 وما بعدها، وقارب هورستر Hoerster، س 1987، ص 187 وما بعدها ومقالته، س 1990، ص 2481

(2) قارن اوت Ott، س 1988، ص 343

(3) المرجع السابق، ص 349 وما بعدها.

هذا يبين بأن ذريعة الوضوح التي قال بها هارت وهوستر لا تستهدف عدم الوضوح المجرد بشكله العام. إنها تتعلق بالفعل كيف يجب أن نستوعب الخلاف بين القانون والأخلاق بشكل منطقي. فالأستاذان هارت وهورستر لا يريدان أن يحلا التعارض بين القانون والأخلاق، حتى في حالات الظلم الصارخ. إذ أن ما يتطلبه القانون هو شئ، وما ما تقتضيه الأخلاق هو شيء أخر. فالأخلاق يمكن أن تبيح أو تتطلب من رجل القانون كإنسان ومواطن أن يمتنع عن الإنصياع لأوامر القانون. فالذي يمتنع عن الإنصياع لأوامر القانون يبقى مع ذلك محقاً. وأي تصور أخر يخفي الطبيعة الحقيقية للمشكلة المعروضة أمامنا.[1] فالوضعيين يعرضوا المسائل المتصلة بعدم عدالة القانون بإخفاء حقيقتها وتصويرها على أنها مسائل مثالية. أما أصحاب المذهب الطبيعي فأنهم بالمقابل يخفون الطابع المثالي للمشكلة بتصويرهم إياها على أنها تحديد لمفهوم القانون.[2]

هل هذا الإعتراض على إخفاء وتغطية وحجب المشكلة صحيحاً؟ الجواب لا. فأصحاب المذهب الطبيعي لا ينكرون الطابع المثالي للمشكلة. هم يَدعوّن فقط بأن المشكلة المثالية في حالة الظلم المغالى به هي في نفس الوقت مشكلة قانونية. وهذا يستتبع أنهم يستهدفون نتائج قانونية انطلاقاً من حكمهم الأخلاقي. فحجتهم يمكن أن تتفق مع حجة أصحاب المذهب الوضعي من حيث المضمون. وعلى الوضعيين أن يظهروا حجتهم ويطرحوها في النقاش. وعلى إعتبار أن الوضعيين لا

(1) هارت Hart، س 1971، ص 45

(2) هورستر Hoerster، س 1987، ص 187

يتمسكون بوجهة النظر الأخلاقية في حالة الظلم الصارخ، بل يتجاوزوا هذا الأمر ويهتمون بوجهة نظر القانون فليس هذا إخفاء للمشكلة، ولكن صياغة لفرضية جوهرية. وهذه لا يمكن أن تعالج عن طريق ذريعة الوضوح الشكلية بل من خلال ذريعة جوهرية.

ويبقى لدينا الإعتراض الفلسفي المثير للجدل (الذي بينه هارت في عبارته المذكورة أعلاه) والذي يمكن أن يطرح مسائل خلافية فلسفية كبيرة على الخطة ويمكن أن يؤدي إلى عدم الوضوح والبلبلة.[1] ولكن مثل هذا الإعتراض يمكن أن يوجه إلى المذهب الوضعي. ويميط اللثام عن فلسفة معينة مثيرة للجدل فيه يقف أصحاب المذهب الطبيعي وأصحاب المذهب الوضعي مبدئياً في مقابل بعضهم البعض على قدم المساواة. وعلى إعتبار أن المذهب الوضعي لا يستطيع أن يطالب بإفتراض العدالة مثلاً، تبرز ضرورة إرتباط القانون بمبدأ مراعاة العدالة الذي قبل به كما تبين سابقاً مذهب القانون الطبيعي. وعليه فان ذريعة الوضوح لا تقحم أصحاب المذهب الطبيعي.

3– ذريعة الفاعلية Das Effektivitaetsargument

كان رادبروخ قبل عهد حكم الحزب القومي الألماني (العهد النازي) وضعياً،[2] أي يعتنق مذهب القانون الوضعي، ولكنه غير رأيه بعد عام 1945 (بعد الحرب العالمية الثانية وإنهيار الحكم النازي) وتبنى رأياً مفاده:

---

(1) هارت Hart، س 1971، ص 46

(2) رادبروخ Radbruch، س 1973a، ص 174 وما بعدها

"إن المذهب الوضعي جرد رجال القانون، كما جرد المجتمع من أي سلاح أو وسيلة ضد القوانين المتعسفة والظالمة والآثمة"[1] فهو بذلك يؤيد إدخال عناصر أخلاقية عند تحديد المفهوم القانوني، والتي يجب "أن تحصن رجال القانون من العودة إلى مثل تلك الدولة غير القانونية (يعني الدولة في ظل حكم هتلر وحزبه النازي).[2]

على أن الأستاذ هارت اعترض على ذلك قائلاً بأنه لمن السذاجة الإعتقاد بأن تعريف لاوضعيي للقانون يمكن بأي حال أن يؤثر على النصوص القانونية الجائرة.[3] في حين أن الأستاذ هورستر عرض هذه الإعتراض على شكل ذريعة تتعلق بفاعلية مفهوم القانون الطبيعي. فيرى أن ما كان ينتظره رادبروخ من ربطه بمفهوم القانون الطبيعي يقوم على مبالغة في تقدير التأثيرات[4] الذي تكون لعالم القانون أو لفيلسوف على رجال القانون وعلى الموطنين.

"لن نستطيع بمجرد تعريف لمفهوم ما أن نغير الواقع. إن القانون الصادر في إطار النظام القانوني النافذ والمشكوك فيه أخلاقياً — سواء اعتبره فلاسفة القانون قانوناً نافذاً صحيحاً أم لم يعتبره كذلك – يحوز بمعزل عن عدم عدالته صفات مجملة كتلك التي يحوزها القانون الأخلاقي السليم، فقد أنجز وتم بناء على الدستور النافذ،

---

(1) رادبروخ Radbruch، س 1973b، ص 327

(2) رادبروخ Radbruch، س 1973c، ص 743

(3) قارن هارت Hart، س 1971، ص 42، ومقاله س 1961، ص 205

(4) هورستر Hoerster، س 1987، ص 185

كما أنه طبق من قبل الدوائر المختصة ونفذ. ومن يريد أن يرفض الخضوع له لعدم مراعاته الأخلاق، فعليه أن يضع في الحسبان النتائج القانونية الناجمة عن خرق القانون. فكل هذه العوامل يفترض أن تقف حائلاً أمام أولئك الذين يحددون مفهوم غير وضعي للقانون، تعريف ينطوي على عناصر أخلاقية."[1]

إن الإفتراض بأن المفهوم القانوني غير الوضعي لا يؤثر على القوانين الظالمة، يمكن في الواقع أن يعزز الإعتقاد بأن المفهوم القانوني غير الوضعي ليس فقط لا يؤيد الكفاح ضد القوانين الظالمة ولكنه يقويها أيضاً. فالمذهب الوضعي بفصله التام بين الواجبات الأخلاقية، والواجبات القانونية، يتخذ موقفاً منتقداً تجاه القانون. وعلى النقيض من ذلك فإن أولئك الذين يؤيدون إدخال عناصر أخلاقية في مفهوم القانون يوفقون بين المتطلبات القانونية والمتطلبات الأخلاقية على وجه يجنبهم النقد. ولذلك نجد أن الأستاذ كلسن رفض إعتبار "النظام الإجتماعي الأخلاقي هو فقط القانون. لأن النظام في تطبيقه الواقعي من خلال القانون السائد في مجتمع معين يؤول إلى مشروعية صحيحة للنظام الحكومي الملزم الذي أنشأه هذا المجتمع"[2]

وفي سياق ذريعة الفاعلية يجب التمييز بين فرضيتين. الأولى تقول بأن المفهوم القانوني الطبيعي اللاوضعي لا يؤثر على الظلم القانوني، أي ليس له أثر على القوانين الظالمة. والثانية تقول بأن مفهوم القانون الطبيعي اللاوضعي يجرد النصوص القانونية

---

(1) المرجع السابق، ص 186

(2) كلسن Kelsen، س 1960، ص 71، وقارب هورستر، س1990، ص 32، وقارن أيضا دراير Dreier، س 1991، ص 133

الظالمة من الشرعية بدون تبصر. والفرضية الثانية هذه تتردد بشكل مطرد ولذلك سنتناولها أولا.

إن خطر تجريد المشروعية بدون تبصر أو تفحص يكمن في الواقع عندما تنص فرضية الإرتباط غير الوضعية بين الأخلاق والقانون التي يتبناها المذهب الطبيعي على أن القاعدة القانونية تكون مشروعة عندما يتوافق مضمونها مع الأخلاق. إن هذا التصور عن فرضية الإرتباط بين الأخلاق والقانون هو الذي يهيمن على مخيلة الأستاذين كلسن وهورستر عندما يبديان إعتراضهما المتعلق بالمشروعية. وهكذا يتكلم كلسن عن تصور بقوله: "إن القانون بطبيعته أخلاقياً"[1] وكذلك الحال بالنسبة للأستاذ هورستر الذي يعبر عن فرضية الإرتباط بين القانون والأخلاق بقوله: "بأن قاعدة قانونية ما تكون مشروعة فقط عندما تكون أخلاقية" ما يعني بشكل منطقي القول "عندما تكون القاعدة قانونية، تكون أخلاقية"[2] ولكننا إذا إنطلقنا من موقف فرضية الإرتباط هذه بين الأخلاق والقانون، والتي سنشير إليها بعلاقة الإرتباط القوية، فيجب على أي رجل قانون يحدد القاعدة القانونية من خلال محتواها الأخلاقي، أن يتخذ من الناحية الأخلاقية فرضية الإرتباط مبرراً له. وهذا يفترض أن ينجو في الواقع من خطر المشروعية غير المتبصرة للقانون.

ولكن الإعتراض على المشروعية الصحيحة يغفل بأن أصحاب مذهب

---

(1) كلسن Kelsen، س 1960، ص 71

(2) هورستر Hoerster، س 1990، ص 32

القانون الطبيعي ليس من المفروض عليهم أن يتبنوا فرضية الإرتباط بصيغتها القوية المذكورة أعلاه، والتي تقول بوجوب تطابق مضمون كل قاعدة قانونية مع الأخلاق. إن صيغة الأستاذ رادبروخ المشار إليها سابقاً تعلن بصراحة "بأن يكون للقانون الوضعي الذي يحوز المشروعية والنفاذ، الأولوية حتى ولو كان مضمونه جائراً وغير صالح"[1] ولكنه وفقاً لرأيه يفقد طابعه القانوني عندما يبلغ التناقض بين القانون والأخلاق حداً "لا يمكن تحمله"، حداً مبالغاً فيه. وسنشير إلى فرضية الإرتباط التي قال بها رادبروخ بفرضية الإرتباط الضعيفة.

إن فرضية الإرتباط الضعيفة بين القانون والأخلاق لا تؤدي إلى تطابق القانون مع الأخلاق، فطبقاً لها يمكن إعتبار القواعد الظالمة غير العادلة وبالتالي القواعد غير الأخلاقية قواعد قانونية أيضاً. وبذلك تتيح الفرضية الضعيفة هذه لمذهب القانون الوضعي أن يقدم نقداً أخلاقياً للقانون، وبذلك تسمح بإعتبار هذا النقد الأخلاقي للقانون طبقاً للمذهب الوضعي موقفاً منتقداً. ويكمن الفرق بين فرضية الإرتباط القوية وفرضية الإرتباط الضعيفة فقط في أن قسماً محدداً من القواعد القانونية الظالمة يفقد طابعه القانوني فقط طبقاً لفرضية الإرتباط الضعيفة. وبذلك يمكننا القول بأن هذا الإيضاح كاف فيما يخص المشروعية غير المتفحصة. ويميل رجال القانون إلى القول بأن هذا الحد (الذي يفقد طابعه لمجافاته العدالة بشكل لا يمكن تحمله) لا يمكن تجاوزه، ولذلك فإن النظام القانوني الذي يراعيه يحوز على الأقل حداً أدنى من المشروعية الأخلاقية، والتي لا يأتلف معها ذلك القسم الذي

---

(1) رادبروخ Radbruch، س 1973C، ص 345

يتعلق بمجافاة العدالة بشكل لا يطاق. وهناك عبارة معبرة وردت في قرار الجنسية المشار إليه أعلاه تقول: "إن محاولة إبادة قسم معين من المجتمع، بما فيهم الأطفال والنساء، سواء كانت إبادة معنوية أو مادية انطلاقاً من معايير عنصرية، لا تمت للقانون والعدالة بصلة."[1]

عندما تعلل القرارات الأخلاقية أياً كانت على أساس الإعتبارات الشخصية، فإن مجرد الخضوع لمثل هذه الغاية يعتبر إلى حد بعيد غير أخلاقي، وغير عادل. إن الجزء الذي سيفقد طابعه القانوني لأنه يجافي العدالة بشكل لا يمكن إحتماله سيتم التركيز عليه من خلال المتطلبات الأخلاقية في حدودها الدنيا. وكمثال على ذلك حق الإنسان الأساسي في الحياة والسلامة الجسدية. ويفترض هنا بأن المتطلبات الأخلاقية وحدها هي الصالحة في كل الأحوال لتبرير ذلك منطقياً.[2] فإذا صح هذا الإفتراض فإنه لن يخشى من المشروعية غير المتفحصة للقواعد التي تقع في منطقة الظلم المغالى به (منطقة المجافاة الصارخة للعدالة). على أن هذا لا يمنع وجود بعض الصعوبات، ولعل سبب ذلك هو أن أعمال الظلم البربرية لا تنفذ بأشكال موافقة للقانون بل بناء على أوامر سرية بشكل أو بأخر.[3]

ولا بد هنا من إستخلاص نتيجة مزدوجة هي أن فرضية الإرتباط الضعيفة والتي يمكن أن نجد تعبير لها في صيغة رادبروخ، لا تؤدي أولاً خارج منطقة الظلم

---

(1) مجموعة قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية العليا BVerfGE، ج 23، ص 106

(2) قارن ألكسي Alexy، س 1991b

(3) قارن بذلك أوت Ott، س 1991، ص 519 ومابعدها

الصارخ (منطقة المجافاة الصارخة للعدالة) خطر التجريد غير المتبصر من المشروعية، لأن مجرد تعارض القانون مع الأخلاق لا يزيل الطابع القانوني. وثانياً ليس هناك خطر التجريد غير المتبصر للمشروعية على هذا الجزء المجافي للعدالة مجافاة مطلقة، إذا كانت المتطلبات الأخلاقية في حدودها الدنيا، التي تحدد هذا الجزء هي التي تبرر ذلك منطقياً. وبالمناسبة يجب أن نلاحظ بأن المشروعية غير المتبصرة على القانون الساري يمكن أن تكون من الوضعيين أنفسهم، وإنطلاقاً من موقفهم بالفصل التام بين القانون والأخلاق، على إعتبار أن أساس فرضية الإنفصال المجرد تفترض تطابقاً ضمنياً بين القانون والأخلاق (وهذا التطابق إفتراضي يؤدي من حيث النتيجة إلى إسباغ الشرعية على الجزء المجافي للعدالة - المعرب).

الإعتراض الأخر والذي يمكن أن يطرح في سياق ذريعة الفاعلية ضد مفهوم القانون الوضعي يقول: بأن مفهوم القانون الوضعي ليس له أي تأثير على القانون المنافي للعدالة. وهذا الإعتراض - إعتراض انعدام التأثير — محق إلى حد بعيد. فلقد أقر كل من الأستاذين هانس كلسن وهيربرت هارت بأن التعريف القانوني الفلسفي أو النظري للمفهوم القانوني ليس بمقدوره بحد ذاته أن يغير الواقع. فبالنسبة إلى قاض في دولة غير قانونية - دولة ظالمة، فلا فرق عنده من أن يستند عند إمتناعه عن تطبيق القانون الممعن في الظلم إلى هارت وإلى الأسباب الأخلاقية عنده، أو أن يفعل ذلك بالإستناد إلى الأسباب القانونية وفقاً لرادبروخ.[1] ففي كلا الحالين عليه أن يعتبر نفسه مع الضحايا وأن يكون مستعداً ليأخذ ذلك على عاتقه، وهذا يتوقف

(1) قارن أوت Ott، س 1988، ص 346

على عوامل أخرى أكثر من توقفه على تحديد مفهوم القانون. ومع ذلك فهناك إختلافات فيما يتعلق بوجهة نظر ذريعة الفاعلية. أولها تبدو واضحة عندما لا يتم تقييم النص القانوني الجائر في جوهره انطلاقاً من وجهة نظر القاضي، ولكن من خلال الواقع العملي.[1] فإذا انعقد الإجماع في الواقع القانوني العملي بأن تحقيق متطلبات أخلاقية معينة ضمن الحدود الدنيا هو شرط لا بد منه لإسباغ الطابع القانوني للتشريعات توفر لدينا في الواقع القانوني ليس مجرد ذريعة أخلاقية فحسب، بل ذريعة قانونية مكرسة بحكم الواقع تقف ضد الأعمال الجائرة. ولا يقتضي هنا بالنظر إلى فرصة نجاح مثل هذا الإعتراض أن نغوص بالأوهام. فالنظام الظالم الناجح نسبياً يكون في وضع قادر على تقويض الإجماع الناشئ في التطبيق العملي بسرعة، من خلال الإرهاب الفردي والتعديلات الشخصية والمكافآت على الإستعداد للتكيف. ولابد من الإشارة بأن النظام الجائر الضعيف وخاصة في بداية مرحلة حكمه سوف لن ينجح. وهذا أثر مقيد نسبياً، ولكنه يبقى أثراً بكل الأحوال.

المهم في الأمر أنه إذا كان علينا أن نثبت أن إفتراض مثل هذا الأثر خطأ، لما نشأ أي إعتراض على المفهوم القانوني الطبيعي اللاوضعي. إن أصحاب مذهب القانون الطبيعي ليسوا بحاجة أن يدافعوا عن موقفهم، ببيان أن مفهومهم القانوني في دولة جائرة يحقق ضمانة أفضل ضد النصوص القانونية الظالمة من تلك التي يحققها المفهوم القانوني للمذهب الوضعي. يكفي أن يبينوا أن النصوص القانونية الظالمة بالإستناد إلى أسس ومبادئ مذهب القانون الطبيعي يمكن أن تكافح بفاعلية ليست

---

(1) المرجع السابق، ص 347

بأقل من تلك التي تقوم على أساس المفهوم القانوني الوضعي. وهذا مسألة مسلم بها. ألا يفترض أن تكافح النصوص القانونية الظالمة بفاعلية أكثر إذا لم نعتبرها قوانين، مما لو نظرنا إليه على أنها قانونين؟

إذا حققت الدولة الظالمة نجاحاً، فلن يؤثر بعد ذلك مفهوم القانون كثيراً. ولكن فوارق جوهرية تتبدى بعد فترة وجيزة من تداعي هذه الدولة وإنهيارها. على أي حال هناك أثر خفيف، ولكنه لا يخلو من الأهمية بالنسبة لمفهوم القانون الطبيعي. والذي يمكن أن يؤثر على النصوص القانونية أيضاً في حال نجاح الدولة غير القانونية. يمكن الإشارة إليه "بالأثر الخطر Risikoeffekt". فبالنسبة للقاضي أو أي مساعد قضائي أخر في الدولة غير القانونية يختلف الموقف حسبما إذا عليه أن يشرح الموقف على ضوء المفهوم القانوني الوضعي أو المفهوم القانوني الطبيعي. ولنفترض أن قاض في موضع تسأل فيما إذا عليه أن يصدر قراراً بعقوبة جسيمة، يمكن تغطيته عبر قواعد قانونية جائرة. وهو أي القاضي إنسان ليس ملاكاً ولا صنديداً. ولا يهمه مصير المتهم كثيراً ولكنه يريد إرضاء قناعاته. أنه لا يمكن من خلال خبرته التاريخية أن يستبعد أن الدولة غير القانونية مآلها الفشل. فأخذ يفكر إلى ماذا سيؤول مصيره. فإذا أعتبر أن المفهوم القانوني الطبيعي هو الراجح والمقبول بشكل عام، فطبقاً لذلك فإن القاعدة القانونية التي يمكن أن يستند عليها في قراره ليست قانوناً، وعليه فإنه سيعرض نفسه نسبياً للخطر، كونه لن يستطيع تبرير فعله، مما يعرضه للمسألة. ولكن الخطر يضعف عندما يكون واثقاً بأن فعله يستند على المفهوم القانوني الوضعي. ولكن الخطر لن يزول بشكل نهائي، على إعتبار أنه يمكن أن يصدر قانون بأثر رجعي يُسأل بالإستناد إليه. على أنه من المؤكد أن هذين الخطرين لا يعتبران

بنفس الدرجة. فمن الممكن وبسبب المشكلة المتعلقة بمشروعية الدولة التي تسمح برجعية القوانين أن لا يصدر مثل هذا القانون الذي يسري بأثر رجعي، وإذا صدر فيمكن دائماً للقاضي أن يتذرع بالقول أنه حكم بمقتضى القانون الساري أنذاك. فمن الواضح أن القبول العام أو الراجح لمفهوم القانون الطبيعي يفاقم الخطر على أولئك الأشخاص اللذين يقترفون في دولة جائرة (غير شرعية) أفعال غير مشروعة متسترة بالقانون أو يشتركوا بها. وهذا يمكن أن يقود إلى أنه حتى بالنسبة للأشخاص الذين لا يرون سبباً لهم لعدم الإشتراك في الظلم، أو أن يقدروا أن مثل هذه المشاركة تثير الرغبة أو تقويها للتملص من المشاركة في الظلم، أو في أقل الأحوال التخفيف منه. فالقبول الراجح أو العام لمفهوم القانون الطبيعي يمكن في الدولة غير القانونية أن يكون له آثار إيجابية في هذه الحالة المشار إليها. وبالإجمال يمكن القول أن الآثار العملية المترتبة على الأخذ بمفهوم القانون الطبيعي من جهة التغلب على الظلم التشريعي ليست أسوأ، لا بل أفضل في بعض الجوانب من تلك المترتبة على الأخذ بالمفهوم القانوني الوضعي.

4- ذريعة الثقة بالقانون Das Rechtsicherheitsargument

الذريعة الرابعة التي تساق ضد مفهوم القانون الطبيعي تدعي بأن مفهوم القانون الطبيعي هذا يعرض الثقة بالقانون للخطر. هذه الذريعة تواجه في الواقع أصحاب مذهب القانون الطبيعي الذي ينطلقون من فرضية الإرتباط القوية بين القانون والأخلاق، أي الذين يقولون بأن أي جور أو ظلم تشريعي يؤدي إلى فقدان التشريع طابعه القانوني. عندما نبيح لأي شخص أن يخالف القوانين إنطلاقاً من نظرته إليها وتقييمه لها بأنها غير عادلة تتقوى ذريعة الثقة هذه، وتتجسد في شكل

ذريعة الفوضى (أي يتحول الأمر من إختلال الثقة بالقانون إلى النظرة الكيفية للقانون وبالتالي إلى الفوضى – المترجم). ولكن لا حاجة لنا أن نذهب هذا المذهب، على إعتبار أن لا أحد من مؤيدي مذهب القانون الطبيعي يتبنى مثل هذا الرأي. وهنا يدور البحث حول موضوع فيما إذا كان القول بأن المفهوم القانوني الذي يقول بأن يفقد القانون طابعه ومشروعيته لمنافاته للعدالة بشكل مطلق – ليست أية منافاة بل منافاة مطلقة – يزعزع الثقة بالقانون؟ هذا ما يجب نفيه.

إذا كان هناك قرارات قضائية معللة تعليلاً منطقياً، فمن الممكن لذلك الذي ينطلق على أساس التعليل المنطقي القول بأن فعل ما يعتبر ظالماً وأنه يقر بذلك. وكلما كان الظلم صارخاً كلما كانت معرفته مؤكدة بشكل أكبر. وهذه الجملة الأخيرة تربط الإعتبار الموضوعي بالإعتبار المعرفي. ولهذا لم تكتفي المحكمة الدستورية الإتحادية العليا بالقول في قرار الجنسية المتعلق باللائحة رقم 11 للقانون المدني للرايخ المشار إليه، أن الجور الذي يعتور اللائحة وصل إلى حد لا يطاق، بل قالت أيضا أن هذا الجور واضح جلي.(1) ومن المؤكد بأن يوجد بعض الحالات، والتي يدق فيها التمييز، بحيث لا يمكننا أن نتيقن مطلقاً فيما إذا كان هناك ظلم صارخ أم لا. على أن هذه قليلة الأهمية بالمقارنة مع الحالات العادية. ففرضية الإرتباط بين القانون والأخلاق التي يقول بها مذهب القانون الطبيعي تقود على كل حال إلى ضعف الثقة بالقانون على نحو طفيف.

---

(1) قرار المحكمة الدستورية الإتحادية BVerfGE، ج 23، ص 106

وفيما يتعلق بأهمية موضوع فيما إذا كانت التأثير الطفيف على الثقة بالقانون يمكن التغاضي عنه والقبول به، فيجب أن نلفت النظر إلى أن الثقة بالقانون هو قيمة ذات شأن، ولكنه ليس القيمة الوحيدة فحسب. فقيمة الثقة بالقانون يجب أن تقاس بمقابل العدالة الموضوعية.[1] إن صيغة رادبروخ تكتسب أهمية بأنها تعطي الأولوية للثقة بالقانون على حساب العدالة، ولكنها إذا تعدت بمحافاة العدالة حداً لا يمكن تحمله، فيجب قلب الآية وترجيح كفة العدالة. ويمكن أن يعترض ضد هذا أولئك الذين ينظرون إلى مبدأ الثقة بالقانون على أنه مبدأ مطلق[2] وهولاء يعتبرون بلا شك متطرفين، مثلهم مثل كل من يتمسك بمبدأ مطلق لا يحيد عنه.

5– الذريعة النسبية Das Relativismusargument

من المؤكد أن الذريعة النسبية تزيد من قوة ذريعة الثقة بالقانون. هذه الذريعة تقول بأن ليس من الصعب معرفة الحدود بين الظلم الصارخ والظلم العادي، بل من الصعب أيضاً إيجاد مبرر منطقي، أو الوصول إلى معرفة موضوعية لكل الأحكام العادلة، وتلك الممعنة في الظلم. هذه هي فرضية الذريعة النسبية بشكلها المتطرف. فإذا صحت هذه الفرضية، عندها لن يعني إدخال عناصر أخلاقية في مفهوم القانون أكثر من منح القاضي إمكانية للحكم خلافاً للقانون في الحالات التي يكون له فيها مصالح شخصية. ويصف هورستر هذا الوضع بسخرية قائلا: "ليس هناك من ضمانة على الإطلاق، ولا حتى إمكانية بأن تكون كل أخلاق يتبناها

---

(1) رادبروخ Radbruch، س 1973c، ص 344 وما بعدها

(2) للتوسع في مفهوم المبدأ المطلق أنظر ألكسي Alexy، س 1985، ص 94 وما بعدها

القاضي المختص أو المواطن المعني في مفهومه للقانون أخلاقاً مستنيرةً في حقيقة الأمر!... وهذا لا يدل بشكل عام على أن التصورات الأخلاقية لإنسان معين أو لمجتمع محدد بمعنى من المعاني، أكثر عدالة من القواعد القانونية الوضعية للدولة المعنية. فلا يوجد كما يتوهم دائماً مناهضي مذهب القانون الوضعي، قاضياً أو مواطناً، تصدى للقوانين النازية، يريد راغباً أن ينهج منهجاً أخلاقياً إنسانياً، يوجد مواطن أو قاضي تصدى للقوانين الديمقراطية (مثل قوانين جمهورية فايمر أو جمهورية بون) يريد راغباً أن يتبع الأخلاق النازية"[1]

إن ذريعة النسبية تبين بشكل جلي الشرط الذي سبق أن أوضحناه عند الحديث عن ذريعة الفاعلية وذريعة الثقة بالقانون، فمذهب القانون الوضعي يشترط على الأقل أخلاقاً بدائية مطلقة. فلم يكن من قبيل المصادفة أن يبرهن رادبروخ على عبارته الوضعية عام 1933 (في مؤلفه فلسفة القانون الذي نشر عام 1933- المعرب) استناداً إلى المذهب النسبي. أي على أساس القول أن تأسيس ملزم وموضوعي للمبادئ الأخلاقية أمر غير ممكن حيث يقول: "من الثابت لدينا الآن أنه من المستحيل أن نجيب على السؤال المتعلق بهدف القانون إلا من خلال إستعراض آراء الأطراف المختلفة في هذا الشأن، وإنطلاقاً من هذه الإستحالة بإمكانية تأسيس سريان القانون الوضعي بالإستناد إلى القانون الطبيعي، وفي هذا المقام يشكل المذهب النسبي كمنهج اتبعناها لملاحظاتنا حجر الأساس في نظامنا."[2]

---

(1) هورستر Hoerster، س 1986، ص 2482

(2) رادبروخ Radbruch، س 1973a، ص 175

وبعد عام 1945 تراجع ردبروخ انطلاقاً من حقوق الإنسان والمواطن عن الارتياب النسبي فقال: "من المؤكد أن كثيراً من الشكوك تنتاب بعضكم، ولكن أعمال مئات السنين أظهرت استقراراً وثباتاً، تكرس فيما أطلق عليه الإعلان العالمي للحقوق الأساسية للإنسان والمواطن، والذي حظي بإجماع واسع المدى، إذ أن بعضكم ربما يريد يحتفظ بالشك لمجرد التشكيك فقط."[(1)]

ولا تعتبر الإشارة إلى التجربة التاريخية — عمل مئات السنين – والإجماع الفعلي المتكون والواسع المدى دحضاً للمذهب النسبي، مع أن الإشارة إلى هذه الوقائع بالنسبة للخبرة القانونية الوطنية والإقليمية والدولية يعزز مثل هذا القول. ويمكن أن يعترض أي متشكك على ذلك بالقول أن تطور النظرات الأخلاقية في خلال مئات أو آلاف السنين الأخيرة كان ضلالاً، ومن الممكن أن يكون كلهم أو أغلبهم وقع في خطأ جماعي. ولكي ندحض هذا الإعتراض الوهمي علينا أن نبين أن جملة مثل الجملة التالية:

(1) "إن الإبادة البدنية والجسدية لأقلية من الشعب انطلاقاً من مبررات عنصرية يعتبر ظلماً كبيراً"

تصلح لأن تكون تبريراً منطقياً، في حين أن جملة ثانية مثل الجملة التالية:

(2) "إن الإبادة البدنية والجسدية لأقلية من الشعب انطلاقاً من مبررات عنصرية لا يعتبر ظلماً كبيراً"

---

(1) رادبروخ Radbruch، س 1973b، ص 328

يمكن أن تدحض بشكل منطقي. إن مشكلة مذهب القانون الوضعي تقود بذلك إلى مشكلة ميتاإيثكية (ما وراء الأخلاق metaethische) تتعلق بإمكانية تبرير القرارات الأخلاقية. ومن غير الممكن هنا تناول هذه المشكلة.[1] فيجب أن نبقى عند الإدعاء بأنه وفي كل الأحوال أن عبارة مثل:

"تبرير منطقي rationale Begruendung"

وعبارة مثل

"دحض منطقي rationale Widerlegung"

هي عبارة كافية. فإذا صح هذا الإدعاء فإن إعتراض النظرية النسبية يغدو باطلاً. أما إذا افترضنا أن مثل هذا الإدعاء غير صحيح، فنستطيع عندها أن نأخذ على إعتراض النظرية النسبية، وفي كل الأحوال بناء على حقيقة الإجماع الواسع المدى، التي لا تعتبر نقضاً أو دحضاً بحد ذاتها بالمعنى الضيق، ولكنها تكاد تكون نقضاً بالنسبة للتطبيق القانوني كما تبين.

أما فيما يتعلق بقلق هورستر بشأن القاضي الذي يستند إلى الأخلاق النازية خلافاً للقوانين العادلة الصادرة بشكل ديمقراطي، فهذا يعني أن مثل هذا القاضي يجب أن ينتهي إلى الفشل في دولة تقف على تقاليد حقوق الإنسان، أو تبسطها على أساس واقع الإجماع الواسع حول الحقوق الأساسية. وفضلاً عن ذلك يوجد أسباب منطقية، عندما يكون ممكناً إصدار قرارات مسببة منطقياً حول الظلم الصارخ،

---

(1) أنظر في ذلك ألكسي Alexy، س 1991a، ص 53 وما بعدها، ومؤلفه س 1991b

أن يستند إلى الأخلاق النازية، لا ضد القوانين الصادرة بشكل ديمقراطي. إن الخطر الحقيقي يكمن في أن يجرد القاضي القوانين العادلة من الطابع القانوني بالإستناد إلى المفهوم القانوني الطبيعي اللاأوضعي، لمخالفتها الصارخة برأيه للأخلاق النازية، يوجد فقط في مجتمع قد كرس بالأغلبية الأخلاق النازية. ولأن مفهوم القانون الطبيعي في مجتمع كهذا يساء إستعماله في مثل هذه الحالة، فهو بل شك نقطة سلبية، ولكنها ليست بالأهمية الكبيرة. عندما تسود الأخلاق النازية في مجتمع ما، فلن تصمد طويلاً القوانين التي تناقض إلى حد كبير فلسفة هذه الأخلاق.

6 ـــ ذريعة الديمقراطية Das Demokratieargument

أن ما ذكرناه بشأن الذريعة النسبية يستند إلى ذريعة أخرى يمكن أن تطرح ضد مفهوم القانون الطبيعي، نعني ذريعة الديمقراطية. هذه الذريعة تقول: بأن مفهوم القانون الطبيعي ينطوي على خطر بأن يحل القاضي وهو يتفحص وجه العدالة في القضية محل الهيئة التشريعية الشرعية المنتخبة.(1) وعلى إعتبار أن الأمر يتعلق هنا حول إعتداء السلطة القضائية على إختصاصات السلطة التشريعية، فيمكن صياغة هذه الذريعة على أنها إعتداء على مبدأ فصل السلطات.

وهذه الذريعة سرعان ما تتهاوى عندما نلاحظ أن مفهوم القانون الطبيعي يُفقد القانون طابعه الشرعي فقط عند مجافاته للعدالة بشكل صارخ. فتأثيره يقتصر

---

(1) قارن، ماوس Maus، س 1989، ص 193. حيث يقول: أن الحجة الأخلاقية يمكن بسهولة أن يساء إستخدامها كبديل للديمقراطية."

على في مجال محدد. إن الرقابة الموضوعية على دستورية القوانين التي تستهدف الحيلولة دون خرق الدستور بإلغاء القوانين غير الدستورية، والمكرسة بطبيعة الحال في دساتير الدول الديمقراطية، تتجاوز من حيث المضمون في اختراقها لمبدأ فصل السلطات ذلك بكثير.

إن الذين يسوقون الذريعة الديمقراطية أو حجة فصل السلطات على أنها ذريعة لتقويض فرضية الإرتباط الضعيفة بين القانون والأخلاق صدد البحث، عليهم أن يرفضوا أي علاقة قانونية رقابية للسلطة التشريعية بالدستور.

7ـــ ذريعة اللاضرورة Das Unnoetigkeitsargument

إن العبارة التي صاغها رادبروخ، والتي أطلقنا عليها صيغة رادبروخ، تكتسب أهمية عملية وبشكل خاص عند تداعى سلطان القوانين الظالمة. ولعل حكم المحكمة الدستورية الإتحادية موضوع قرار الجنسية السابق الذكر مثال حي على ذلك. إن ذريعة اللاضرورة تقول بأن النصوص القانونية الظالمة يمكن التغلب عليها من جهة أخرى من خلال تجريدها من الطابع القانوني (لعدم حيازتها على الشروط الواجبة في النصوص القانونية). فبمقدور المشرع الجديد إذن أن يلغي القوانين الجائرة بأثر رجعي.[1]

ولتقييم هذه الذريعة بالشكل الصحيح يجب أن نميز بين القضايا الجزائية

(1) قارن هارت Hart، س 1971، ص 44

والقضايا غير الجزائية. فالمادة 103 من الدستور الإتحادي الألماني* صاغت مبدأً جوهرياً من مبادئ الدولة القانونية: "لا عقوبة إلا بنص Nulla poena sine lege" كقاعدة دستورية وضعية. ولهذا يمتنع على المشرع العادي أن يصدر قانوناً جزائياً بإثر رجعي. فمن المفروض أن لا نعمم الأحكام. عندما يكون لمبدأ "لا عقوبة إلا بنص" إطار دستوري، فلا يمكننا إذن أن نقرر في مجال القانون الجزائي بأن قاعدة رجعية القانون تغني عن تطبيق مفهوم القانون الطبيعي. وعلى أي حال يمكننا أن نفكر هنا بإجراء تعديل دستوري يسمح بإيراد إستثناء على مبدأ لا عقوبة بدون نص، وبالتالي إستثناء على مبدأ لا جريمة بدون نص في حالات الظلم الصارخ. على أنه وفي ظل دستور يحتوي مبادئ قانونية دستورية أساسية كتلك المنصوص عليها في المادة 79 ف 3 من الدستور الإتحادي الألماني تمنع إجراء التغيرات الدستورية،** تثير

---

* تنص المادة 103 من الدستور الإتحادي الألماني على ما يلي:

(1) لكل شخص الحق في سلوك سبل التقاضي.

(2) يمكن أن يعاقب الفعل، إذا نص القانون على عقوبة لهذا الفعل، قبل أن يرتكب.

(3) لا يجوز أن يعاقب الشخص أكثر من مرة على أساس القوانين الجزائية بسبب نفس الفعل.

وهذا نصها الأصلي:

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehoer.

(2) Eine Tat kann nur bestraft werden، wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war، bevor die Tat begangen wurde.

(3) Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.

** تنص المادة 79 من الدستور الإتحادي الألماني على ما يلي:

(1) يمكن تعديل الدستور من خلال قانون ينص صراحة على تغيير منطوق الدستور أو تكميله... الخ

(2) يحتاج هذا التعديل لموافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب وثلثي أعضاء مجلس الشيوخ. ... »

مثل هذه الإستثناءات في أدنى حد أشكالاً. ولهذا الإشكال القانوني جانب عملي، فإذا كان من المفترض وجود مثل هذا التعديل الدستوري، فإن مبدأ لا عقوبة بدون نص مع الشرط الإستثنائي سيقود إلى التساؤل فيما إذا كان مثل هذا الشرط الضروري للتعديل القانوني سيحوز على الأغلبية المطلوبة. كل هذا يبين أن هذا الإحالة الساذجة على المشرع بالإدعاء بإمكانية إجراء تعديل دستوري لا يثبت بأن عبارة رادبروخ غير ضرورية في كل الأنظمة القانونية وفي كل الأحوال.

فإذا ورد مبدأ لا عقوبة إلا بنص في إطار دستوري، وكان هذا المبدأ غير قابل للتعديل، أو إذا أعتبر وبدون أن يحاط بإطار دستوري شكلي، مجرد قاعدة

... » (3) من غير الممكن تعديل هذا الدستور بشكل يمس بعضوية الدويلات في الاتحاد، أو المساهمة الجوهرية للدويلات في التشريع أو المبادئ المكرسة في المادتين الأولى والعشرين من هذا الدستور.

وهذا نصها الأصلي:

(1) Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geaendert werden، das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrueecklich aendert oder ergaenzt. Bei voelkerrechtlichen Vertraegen، die eine Friedensregelung، die Vorbereitung einer Friedensregelung oder den Abbau einer besatzungsrechtlichen Ordnung zum Gegenstand haben oder der Verteidigung der Bundesrepublik zu dienen bestimmt sind، genuegt zur Klarstellung، dass die Bestimmungen des Grundgesetzes dem Abschluss und dem Inkraftsetzen der Vertraege nicht entgegenstehen، eine Ergaenzung des Wortlautes des Grundgesetzes، die sich auf diese Klarstellung beschraenkt.

(2) Ein solches Gesetz bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.

(3) Eine Aenderung dieses Grundgesetzes، durch welche die Gliederung des Bundes in Laender، die grundsaetzliche Mitwirkung der Laender bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsaetze beraehrt werden، ist unzulaessig.

قانونية أساسية لا يجوز تقييدها، فإن المشكلة الحقيقية في القضايا الجزائية لا تكمن في عدم الحاجة لمفهوم القانون الطبيعي، بل في مسألة فيما إذا كان استعمال مثل هذا المفهوم سيؤدي إلى خرق مبدأ لا عقوبة بدون نص. وهذه المشكلة ليست على كل حال مطابقة لمشكلة اللاضرورة. هذه المشكلة يقتضي معالجتها في سياق الذريعة التي سنتناولها لاحقاً، والتي أطلقنا عليها الذريعة النزيهة. فذريعة اللاضرورة تنحصر في الحقيقة في نطاق القضايا غير الجزائية. وفي هذه الحالات هناك إمكانية لحل مشكلة النصوص القانونية الظالمة عن طريق الأخذ بمبدأ رجعية القوانين. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق ماذا يجب على القاضي أن يفعل لو أن المشرع لسبب أو لأخر بقي مكتوف اليدين، ولم يأخذ بالأثر الرجعي؟ وماذا لو أنه لم يكن بالإمكان ملاحظة النصوص القانونية الظالمة المخالفة للدستور النافذ بخصوص القضية المطروحة الآن. هل يتوجب على القاضي أن يصدر قراراً يستند على النصوص الظالمة، يجسد الظلم الصارخ. يفترض منا أن نقول بأن على القاضي أن يفعل ذلك لحض المشرع على إصدار قوانين بأثر رجعي. هذا يعني أن يصدر بحق المواطن المعني في قضايا كثيرة، وخاصة القضايا المدنية قراراً مجحفاً يقوم على النصوص الظالمة، ويجسد الظلم في أشد صوره، لكي يحث المشرع على الإستجابة لهذا الواقع بتقرير قوانين عادلة ذات أثر رجعي. وهذا يعني أن يُستخدم المواطن بشكل دائم أو مؤقت أداة لحث المشرع على القيام بالنشاط التشريعي اللازم، ولكن هذا لا يتفق مع حقوق المواطن الأساسية. لقد أوضحنا سابقاً بأن الإشارة إلى مجرد إمكانية رجعية القانون لا تكفي للقول بعدم ضرورة تطبيق مفهوم القانون الطبيعي. فإذا لم يستخدم المشرع هذه الإمكانية ويصدر قانون بأثر رجعي، أو لم يكن بالإمكان ملاحظة النصوص

القانونية الظالمة المخالفة للدستور النافذ بشأن القضية المطروحة الآن، عندها سيكون من الضروري إستخدام مفهوم القانون الطبيعي للحفاظ على الحقوق الأساسية للمواطن.

ويرد إضافة إلى هذه الذريعة التي تنبثق من الحقوق الأساسية للمواطن، ذريعة أخرى تستند إلى مبدأ مراعاة العدالة Anspruch auf Richtigkeit. فكل قرار قضائي يجب أن يستند كما بينا سابقاً على مبدأ مراعاة العدالة. فالقرار الذي يستند على النص القانوني الممعن في الظلم ويجسد الظلم القانوني لا يحقق مراعاة العدالة إلى حد كبير. ولهذا فهناك سببان لعدم فاعلية ذريعة اللاضرورة خارج نطاق القضايا الجزائية ويؤيدان ضرورة مفهوم القانون الطبيعي هما: ضرورة مراعاة حقوق المواطن الأساسية وضرورة مراعاة العدالة Anspruch auf Richtigkeit.

8 ـــ الذريعة النزيهة Das Redlichkeitsargument

تقول الذريعة النزيهة بأن مفهوم القانون الطبيعي يقود في نطاق القضايا الجزائية إلى خرق "مبدأ لا عقوبة بغير نص". يحاول الأستاذ هارت Hart أن يشرح هذه الذريعة على خلفية قضية كانت المحكمة الإقليمية العليا في بامبرك قد حكمت بها عام 1949، تتلخص وقائعها[1] بأن زوجة أرادت التخلص من زوجها، فقدمت عام 1944 إبلاغاً إلى الجهات المختصة تقول فيه أن زوجها أبدى ملاحظات

(1) حكم محكمة بامبرغ الإقليمية OLG Bamberg، منشور في مجلة رجال القانون جنوب ألمانيا Sueddeutsche Juristen- Zeitung، س 1950، ص 207

إستنكار وإزدراء ضد هتلر أثناء رحلة سابقة. وبناء عليه فقد قبض على الزوج وحكم عليه بالإعدام إعمالاً لنصوص قانونية تعاقب على مثل هذه الأقوال، ولكنه لم يعدم، وأرسل إلى معسكر تحت الإختبار. وفي عام 1949 أدعي على الزوجة بجريمة حجز الحرية، فأصدرت محكمة بامبرغ قراراً يقضي بإدانتها. فقد رأت المحكمة أن قرار الحكم بعقوبة الإعدام كان قانونياً موافقاً للنصوص، لأن القوانين الجزائية للنظام النازي التي استندت إليها المحكمة في حكمها، تأمر بالإمتناع عن القيام بفعل، بمجرد الترك Unterlassen أي تأمر بالتزام الصمت، وهذا لا يعتبر ذلك خرقاً للقانون الطبيعي بشكل صريح.[1] فالمرأة حكمت على أساس مسألة خلافية تتعلق بالمبادئ المكونة لقانون العقوبات Strfrechtsdomatische Konstruktion، طبقاً لها يمكن أن ترتكب جريمة حجز الحرية المعاقب عليها عن طريق المساهمة التبعية، حتى ولو كان المساهم الأصلي، وهو في هذه الحالة المحكمة التي أصدرت حكم الإعدام قد تصرف بشكل موافق للقانون. والحقيقة أن الإبلاغ كان غير قانوني، لأنه يجرح شعور العدالة والإنصاف لكل النفوس النزيهة. وعلينا هنا أن نترك جانباً موضوع البحث في صحة مبادئ قانون العقوبات.[2] وليس مهما أن الأستاذ هارت

---

(1) المرجع السابق، ص 208 وما بعدها

(2) لعله من المهم التساؤل فيما إذا كان افتراض أن الإبلاغ المشار إليه يجرح إلى حد ما شعور العدالة والإنصاف لكل النفوس النزيهة، بحيث يعتبر غير قانوني ويستوجب بالتالي العقاب، لا يتضمن بأن الحكم في جوهره كان ظالماً. هل يمكن أن يجرح الإبلاغ شعور العدالة والإنصاف لكل النفوس النزيهة، بحيث يعتبر غير قانوني ويستوجب بالتالي العقاب، حتى ولو لم يكن الحكم ظالماً؟ فإذا كان الجواب سلباً، يبرز السؤال الحاسم فيما إذا كان استحقاق العقاب على الإبلاغ يشترط فقط أن يكون الحكم ظالماً إلى حد ما، أو فيما إذا كان يتطلب الحكم درجة كبيرة وقاطعة من الظلم.

كما لاحظ بنفسه في وقت لاحق[1] قد فسر الموضوع بشكل خاطئ عندما قال أن محكمة بامبرك قد توصلت لهذه النتيجة لأنها اعتبرت قوانين النظام النازي التي استندت إليها المحكمة عندما حكمت بالإعدام مفتقرة للصلاحية القانونية.[2] إن الذين يرون، كما رأت محكمة بامبرك، أن القانون الذي يسمح بإنزال عقوبة الإعدام لمجرد إطلاق تعابير الإستنكار والإزدراء ضد دكتاتور، هو قانون غير ظالم ظلماً كبيراً، على إعتبار أنه يأمر فقط بمجرد الإمتناع عن القيام بفعل، عليهم أن يفترضوا على سبيل المثال وجود وضع تبلغ فيه المرأة في نظام ديكتاتوري عن زوجها لأنه لم يشترك بأفعال القتل الممعنة في الظلم التي يؤمر بها طبقاً للقانون. وقد كان من المفروض أن يحكم على المرأة من قبل محكمة بامبرغ، لأن الحكم الذي إرتكز على الإبلاغ الذي قدمته كان حكماً مخالفاً للقانون.

وقد أعترض هارت على ذلك قائلاً: "لقد كان يوجد بطبيعة الحال إمكانيتان أخريان، أولهما أن تترك المرأة بلا عقوبة، ولكن يمكن أن نشعر تجاه هذا الرأي الذي كان سيكون أسؤ حل بالرضى والإرتياح. الإمكانية الثانية أن نرضى بالواقع بأنه إذا كان يجب معاقبة المرأة فهذا كان يفترض أن يحدث بالإستناد الصريح إلى قاعدة رجعية القانون، مع الإدراك التام بأن الوصول إلى معاقبة المرأة يكون من خلال هذا الطريق. ويمكن بالتالي أن يخرق مبدأ عدم رجعية التشريع الجزائي، فإذا ما تحقق ذلك في هذا الحال أمكننا على الأقل تحقيق مزية النزاهة. لعله من الواضح أنه

(1) هارت Hart، س 1961، ص 234 وما بعدها.

(2) هارت Hart، س 1971، ص 44

علينا عند الحكم على الزوجة الإختيار بين شرين: بين أن تترك المرأة بدون عقاب وبين أن نضحي بمبدأ أخلاقي قيم معترف به من قبل أغلب الأنظمة القانونية."[1]

إن الذريعة النزيهه هي أقوى حجة ضد مفهوم القانون الطبيعي. ولكنها لا تؤدي إلى إهداره. فأصحاب القانون الطبيعي يستطيعون الخروج من المعضلة التي بينها هارت، بأن ينكروا عن القانون الظالم، الذي تضمن السماح بالتبليغ، طابعه القانوني والوصول بالتالي إلى عدم العقاب. وعليهم لتحقيق هذا النتيجة فقط أن يتخذوا ولأسباب قانونية جزائية خاصة من قاعدة "لا عقوبة بدون نص" مرجعاً بالنسبة لكل القواعد القانونية الموضوعة والنافذة، بصرف النظر عن المضمون غير العادل لها. وعندئذ تتقيد صيغة رادبروخ، من أجل تأمين حماية للمواطنين، في نطاق القانون الجزائي من خلال مبدأ لا عقوبة بغير نص. ويبقى لها أثرها خارج نطاق القانون الجزائي. ومن الأهمية بمكان هنا أن نستعرض إعتراض أخر يتلخص في أن صيغة رادبروخ تقود إلى معاقبة تلك الأفعال التي تنطوي على ظلم كبير وتكون قاطعة في دلالتها بحيث يمكن تمييزها من بين القضايا الجزائية الإعتيادية الكثيرة.[2] وهذا مقبول في كل الأحوال عندما لا يتعلق الأمر كما في القضية المشار إليها أعلاه، بالإستعانة بقواعد القانون الطبيعي التي تبرر المعاقبة بل تتعلق بالظلم القانوني الذي يؤدي في هذه الحالة إلى استبعاد العقاب. عندما يكون ظلم هذه القواعد صارخاً وقاطعاً بحيث يمكن لأي شخص معرفته بوضوح، فإنه لا يعد بمقدورنا الحديث عن

---

(1) هارت، المرجع السابق، نفس الموضع

(2) اوت Ott، س 1988، ص 355

رجعية مستترة. فلقد كان من السهولة معرفة بأن الفعل عند لحظة ارتكابه كان متطرفاً، ولذلك كان قاطعاً في دلالاته بحيث يمكن لأي شخص تمييزه. وعليه فإن القواعد المذكورة سابقاً ليست في الأصل وفي لحظة ارتكاب الفعل قواعد قانونية، وهذا ما يؤدي إلى استبعاد العقاب. ولذلك لم يغير الأثر الرجعي الوضع القانوني ولكن كرس فقط ما كان عليه الوضع القانوني أثناء ارتكاب الفعل. عندما تحصر حجة الظلم في نطاق فرضية الإرتباط الضعيفة التي عبر عنها رادبروخ، أي فقط في حالة الظلم القاطع الصارخ فلا موجب للحديث عن أثر رجعي مستتر وبالتالي عن الذريعة النزيهة.

9ـ النتائج Ergebnis

إذا ألقينا نظرة عامة على مجمل الذرائع التي تؤيد وتعارض حجة الظلم، على صعيد القواعد المنفردة، بصيغتها الضعيفة التي نجد تعبيراً عنها في صيغة رادبروخ، فإننا نخلص إلى أن الحجج التي تؤيد وتوافق حجة الظلم أقوى من الإعتراضات التي قدمت ضدها، فكل الإعتراضات المتقدمة يمكن أن تدحض بسهولة حيث أنها تنبثق من أساس واحد. ولنستعيد هنا فقط أهم الأسباب التي تؤيد حجة الظلم. فيمكن أن نذكر في سياق ذريعة الفاعلية ما سميناه "التأثير الخطر" الذي يمكن أن يؤثر بشكل مؤكد ضد النصوص القانونية الظالمة في الدولة غير القانونية. من الأهمية بمكان أن نذكر ما قيل في النقاش حول ذريعة اللاضرورة بشأن لزوم الأخذ بمفهوم القانون الطبيعي بعد انهيار الدولة غير القانونية. فإذا بقي المشرع الجديد مكتوف اليدين و لم يأخذ بالأثر الرجعي، أو إذا تم تفسير النصوص القانونية الظالمة بشأن القضية المطروحة الآن ليس بالإستناد إلى الدستور النافذ الآن، تتجلى ضرورة الأخذ بمفهوم

القانون الطبيعي انطلاقاً من احترام حقوق المواطن ومن وجوب مراعاة العدالة التي يجب أن تراعى بالضرورة في القرارات القضائية. وفي مجال القانون الجزائي تبين أن حجة الظلم بصيغتها الضعيفة تتفق مع قاعدة لا عقوبة بدون نص. لقد أصبح من الواضح في كل الأحوال أن نقض كثير من الإعتراضات يتعلق على الأقل أن بعض المتطلبات الأخلاقية في حدوده الدنيا تصلح أن تكون تبريراً منطقياً. وهنا يتعلق الأمر بالمحتوى الجوهري لحقوق الإنسان الأساسية. فإذا لم ينجح مثل هذا التبرير، لتمكن الوضعيين من دحض مناهضي حجة الظلم بشكل نسبي على أساس الواقع القانوني المستمد من تقاليد حقوق الإنسان. وهذا لا يشكل دحضاً بالمعنى الضيق ولكنه يمكن أن يعد كذلك انطلاقاً من وجهات النظر العملية.

ثانيا : الأنظمة القانونية Rechtssysteme

يثور التساؤل هنا فيما إذا يمكن تناول حجة الظلم، ليس فيما يتعلق بالقاعدة القانونية المنفردة فحسب بل بالنظر إلى النظام القانوني برمته. لقد أوضحنا سابقاً بأن النظام القانوني الذي لا يعلن بشكل صريح أو ضمني مراعاة العدالة لا يمكن أن يعتبر نظاماً قانونياً من وجهة نظر المراقب.[1] وقد لاحظنا عندئذ أنه يترتب على هذا نتائج عملية ليست بذي شأن، على إعتبار أن الأنظمة القانونية الموجودة تدعي في الواقع مراعاة العدالة على وجه الدوام، وهذا قد يكون مبرراً إلى حد ما. على أن المشاكل العملية ذات الأهمية تظهر عندما يدعى بمراعاة العدالة ولكن لا يتم

---

(1) قارن أعلاه ص 68 وما بعدها

تحقيقها. وتكتسب حجة الظلم أهمية عندما يتم تجاوز حدود الظلم الصارخ نتيجة لعدم إعمال مبدأ مراعاة العدالة. وهنا يثور التساؤل فيما إذا كان يتمخض عن ذلك نتائج تمس النظام القانوني برمته، تتجاوز مجموعة مجردة من النتائج المترتبة على القواعد القانونية المنفردة الممعنة في الظلم.

ولعلنا نجد حجة تتعلق بالنظام القانوني من هذا النوع عند الأستاذ مارتن كريله Martin Kriele. نقطة البداية عند الأستاذ كريله هو القول بأن الواجب الأدبي يحتم على القانون بأن يراعي إلى حد كبير وبشكل كلي قواعد الأدب والأخلاق.[1] ويتحقق هذا الشرط بنظر الأستاذ كريله عندما يقوم النظام القانوني على مبدأ الدولة الدستورية الديمقراطية. ولا يتحقق بطبيعة الحال في النظام الدكتاتوري المطلق. وهذه الحجة بمجملها تستهدف الواجب القانوني كواجب أدبي والمسألة المرتبطة به حول شرعية النظام القانوني والقواعد القانونية المنفردة.

وهذا يعني أن المسألة التي يتناولها الأستاذ كريله ليست نفسها المسألة التي نعالجها هنا. فالمشروعية الناقصة لا تستتبع بالضرورة نقص الطابع القانوني، فمن المحتمل أن تأمر قاعدة قانونية معتبرة في النظام القانوني بما يتعارض مع الواجب الأدبي والأخلاقي. ولهذا يتحدث الأستاذ كريله نفسه عن القانون الذي لا يراعي الآداب والأخلاق unsittliches Recht.[2] ولكي نأتي على المشكلة المطروحة هنا فيجب بناءاً على ذلك النظر إلى حجة الأستاذ كريله بوصفها حجة تتعلق بالطابع القانوني.

---

(1) كريله Kriele، س 1979، ص 117

(2) المرجع السابق، ص 125

والعبارة البديلة التي تؤخذ بعين الإعتبار هنا لمثل هذه الحجة هي أن نقول أن النظام القانوني يفقد طابعه القانوني عندما يكون جائراً على وجه الإجمال. وهذه العبارة يمكن أن تفهم بأوجه مختلفة. ولا بد هنا من أن نتناول تفسيرين أو فرضيتين هما فرضية الإشعاع Die Ausstrahlungsthese وفرضية الهدم Die Zusammenbruchsthese.

1- فرضية الإشعاع Die Ausstrahlungsthese

تقول فرضية الإشعاع بأن الطابع القانوني المعيب لمحتوى قاعدة أساسية في النظام القانوني يؤثر على كل القواعد القانونية للنظام القانوني برمته، ويشع طابع النقص على هذه القواعد. ويتبنى الأستاذ كريله فرضية الإشعاع هذه في سياق طرحه تساؤل، وهذا يظهر من قوله:

"يوجد أيضا في الدول ذات الحكم المطلق مشروعية قانونية مباشرة، أعني القوانين التي ليست مطابقة للنظام، والتي توفق بشكل إستثنائي الآداب العامة. ففي مثل هذه الأنظمة يعترف بشرعية القوانين التي تقضي بالوفاء بالعقود وانعقاد الزواج وتحريم القتل وقواعد المرور، لأنه يفترض أنها تحققت على أسس ومعايير ثابتة. إن شرعية مثل هذه القوانين تنبثق من إرتباطها الظاهري وليس الجوهري بالنظام المطلق، على الرغم من أن مصدرها النظام المطلق ذاته."[1]

إذا أخذنا بهذه الذريعة وفقا للصيغة المتقدمة، فإن القاعدة المنفردة في نظام قانوني جائر لا تفقد طابعها القانوني فحسب عندما تنطوي هذه القاعدة المنفردة

(1) المرجع السابق، ص 125 وما بعدها

على ظلم قانوني صارخ، بل يكفي لكي تفقد طابعها القانوني أن تشارك كقاعدة نموذجية نظامية في الطابع الظالم للنظام القانوني بمجمله، ما يعني إمكانية وجودها في منطقة القواعد الممعنة في الظلم. وبالتالي فإن فرضية الإشعاع هذه تقود إلى وضع نموذجي للحجة الجامعة Der Gesamtheitsargument. فالعنصر المنفرد يجب أن يحتوي صفات محددة، والتي قد لا يحتويها عند النظر إليه منعزلاً، لأنه جزء من مجموع يشترك معه بخصائص محددة. إن مثل هذه الحجة الجامعة من السهل في الواقع شرحها، حيث أن النتائج الممعنة في الظلم بالنسبة للطابع القانوني للنظام القانوني برمته يمكن أن تستمد من مجموعة النتائج المترتبة على وجود القواعد القانونية المنفردة الممعنة في الظلم. والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكننا قبول فرضية الإشعاع هذه ومعها الحجة الجامعة. إن الأمر الحاسم في الإجابة على هذا السؤال هو أن الموضوع هنا لا يتعلق بالعدالة والإستقامة ومراعاة المعايير الأخلاقية، ولكنه يتعلق بالطابع القانوني. لقد تبين لنا من خلال شرح حجة الظلم فيما يتعلق بالقواعد القانونية المنفردة بالصيغة التي أوضحها رادبروخ أن الثقة بالقانون هي حجة رئيسية ضدها. وأن القواعد المكتسبة الشرعية الشكلية والحائزة على التأثير الإجتماعي أو الفاعلية تحوز مبدئياً الشروط القانونية. وأنه يمكن في حالات الظلم الصارخ فقط وبسبب إمكانية معرفة هذه الحالات بوضوح نسبياً، التغلب على حجة الثقة بالقانون. وهذا بدوره ينطبق على النظام القانوني ككل. على أن الثقة بالقانون تختل عندما تفقد قاعدة قانونية منفردة ظالمة كثيراً طابعها القانوني، لأنها تشترك بأي شكل في الظلم الذي ينطوي عليه النظام برمته، وتكون بذلك نموذجاً لقواعد النظام. إن قاعدة قانونية يمكن أن تساهم إلى حد كبير أو قليل في الظلم الذي

ينطوي عليه النظام القانوني برمته، وبالتالي يمكن أن تكون إلى حد كبير أو صغير نموذجاً لقواعد النظام. فهل يجب أن تزيل أية مساهمة حتى ولو كانت مساهمة طفيفة الطابع القانوني؟ إذا كان الأمر كذلك فكيف يمكن معرفة ما إذا ساهمت قاعدة قانونية معينة ولو بشكل طفيف في الظلم الذي ينطوي عليه النظام القانوني ككل؟ هل يكون الأمر كذلك في حالة ما إذا فسرت وطبقت بوصفها قاعدة نموذجية أحيانا مع إمكانية تفسيرها وتطبيقها بوجه أخر؟ وإذا لم تكن المساهمة الطفيفة كافية فما هو المعيار الذي يجب تبنيه إذن؟ وكيف يجب أن يحدد هذا المعيار بشكل يكفل الحفاظ على الثقة بالقانون؟ هذه الأسئلة تجعل من الواضح أن أي إنكار للطابع القانوني للقواعد القانونية الممعنة في الظلم سيتمخض عنه إختلالاً كبيراً في الثقة بالقانون. إن تقهقر مبدأ الثقة بالقانون في حالة الظلم المبالغ به من الممكن قبوله. وكل قيد آخر لن يكون مقبولاً بعد الآن. وهذا يعني أنه يجب تحديد معياراً للظلم المبالغ به، عندما يتعلق الأمر بالطابع القانوني، وهذا المعيار يجب أن يخص القواعد القانونية المنفردة وفقط القواعد القانونية المنفردة. ففرضية الإشعاع قد تكون مقنعة في إطار أخر ولكنها لا تبدو مقنعة كفرضية حول الطابع القانوني. ولذلك فلا يمكن أن تقود إلى أنه يستخلص من طابع الظلم للنظام القانوني برمته، نتائج تتجاوز حدود تطبيق حجة الظلم على القواعد المنفردة .

2- فرضية الهدم Die Zusammenbruchsthese

السؤال الذي يطرح الآن فيما إذا كان سيتمخض نتائج مختلفة عند الأخذ بالتفسير الثاني أي بفرضية الهدم. فوفقاً لذلك يمكن القول أن النظام القانوني يفقد طابعه القانوني عندما يكون جائراً جوراً كبيراً بصورة عامة وبالتالي سيتداعى.

ففرضية الهدم تفترض أمر أخر غير الذي تفترضه فرضية الإشعاع، إذ أن القاعدة القانونية المنفردة تفقد طابعها القانوني لأسباب أخلاقية عندما تكون ظالمة. فأساسها يقوم على حجة الظلم فيما يخص القواعد المنفردة بالصيغة التي أوردها رادبروخ، ومن الطبيعي أن ما ينطبق على القواعد المنفردة لا يضاف إلى النظام القانوني ككل. على أنه يمكن النفاذ إلى النظام القانوني بأكمله من خلال الإدعاء بأن النظام القانوني برمته يتهدم بوصفه نظاماً قانونياً عندما تفقد الكثير من القواعد القانونية، وخاصة تلك التي يرتكز عليها النظام طابعها القانوني. والسبب في تداعي النظام لا يعود إلى أي إشعاع القواعد الظالمة على النظام، بل أمر بسيط، يتجسد في أنه لم يتبق شيء يذكر من هذا النظام القانوني.

وفيما يتعلق بفرضية الهدم فصحيح أن طابع النظام القانوني يتغير بشكل جوهري عندما تفقد الكثير من القواعد القانونية وخاصة تلك القواعد التي يرتكز عليها النظام طابعها القانوني. إذ يمكننا في هذه الحالة الحديث عن تغيير السمات الجوهرية للنظام القانوني وبهذا المعنى – وفقط بهذا المعنى – الحديث عن تهدم النظام القديم. ولكن الأمر الحاسم هنا أنه لا يمكننا الحديث عن تهدم النظام بالمعنى الأخر، أي بمعنى زوال النظام كنظام قانوني من حيث الوجود، لا بمعنى تغيير السمات الجوهرية للنظام. فإذا كانت كثير من القواعد المنفردة تفقد طابعها القانوني لأسباب أخلاقية، وكثير من هذه القواعد تعتبر قواعد جوهرية كونها تحدد طابع النظام وسماته، فإنه مع ذلك يمكن للنظام كنظام قانوني أن يستمر، بشرط أن تحتفظ القواعد القانونية اللازمة لوجود النظام بالطابع القانوني. لنأخذ نظاماً قانونياً يخول دستوره الدكتاتور بوضع القوانين دون شروط. ولنفترض أن القواعد القانونية التي

أصدرها الدكتاتور بناء على هذا التخويل تتصف بالصفات التالية: 30% منها تنطوي على ظلم صارخ، و20% منها ظالمة ولكنها ليست ظالمة إلى حد كبير، و20% منها بين بين لا هي عادلة ولا هي ظالمة، و30% الباقية قواعد قانونية عادلة. وتتميز القواعد القانونية الظالمة ظلماً صارخاً والتي تشكل 30% بأنها هي التي تعطي النظام القانوني الظالم سماته وطابعه الخاص. وأما القواعد القانونية العادلة والتي تشكل 30% فتتعلق بقوانين العقود والجرائم والضمان الإجتماعي. فطبقاً لصيغة رادبروخ تفقد الطابع القانوني القواعد القانونية الظالمة ظلماً صارخاً فقط، أي التي تعود إلى 30% الظالمة ظلماً صارخاً، وأما السبعين بالمئة المتبقية فلا تنطبق عليها صيغة رادبروخ أي لا تفقد طابعها القانوني. وبالتالي فإن بقاء هذا النظام يفترض أن يتعرض للخطر عندما تؤثر 30% من القواعد الظالمة ظلماً صارخاً، على قاعدة تخويل الدكتاتور Ermaechtigungsnorm، بحيث تفقد هذه القاعدة من أساسها طابعها القانوني، لأنها قاعدة ظالمة ظلماً صارخاً، وبالتالي ستفقد السبعون بالمئة المتبقية من قواعد النظام القانوني أساس سريانها، وسيفقد النظام القانوني وجوده بوصفه نظاماً قائماً متدرجاً، وبهذا المعنى يمكن القول أنه سوف يتهدم. يمكننا فقط أن نعتبر ذلك الجزء من القواعد المستمدة من القانون الطبيعي والعرف نظاماً. وهذا الجزء سيُكَّون نظاماً مختلفاً بالفعل رغم الوحدة النسبية للقواعد.

وهذا يبين أنه يجب اللجوء إلى التراكيب الفنية إلى حد ما، إذا أردنا أن ننكر الطابع القانوني لقاعدة التخويل من أساسها، لأنه يمكن أن يصدر بالإستناد إليها قواعد قانونية ظالمة، أو قد يكون صدر بالإستناد إليها قواعد قانونية ظالمة. وأما القواعد القانونية التي وضعت بالإستناد إلي قاعدة التخويل النافذة والمؤثرة اجتماعياً

فيجب أن تصنف على أنها قواعد يمليها القانون الطبيعي أو العرف أو كلاهما معا لكي يمكن تفسير سريانها. ولمعرفة أن هذه القواعد لا يمكن قياسها بشكل موضوعي نحتاج أن نحور المثال السالف الذكر، بأن نجعل البرلمان المنتخب ديمقراطياً وليس الديكتاتور قد استعمل التخويل أو الصلاحية المعطى له في الحالة المشار إليها. وبذلك يسقط الإعتراض الذي يمكن أن يرد هنا بأنه من الظلم تخويل فرد لوحده وضع قوانين بدون أي قيود. ولكن القاعدة القانونية التي تمنح مثل هذا التخويل Ermaechtigungsnorm لا تعتبر بحد ذاتها، وضمن هذا الشرط ظالمة ظلماً صارخاً. ولكن بعض نتائجها سيكون ظالماً. وهذا يعني أن بأن وجود 30% من القواعد ظالمة ظلماً صارخاً لا يجب أن يقود إلى هدر الطابع القانوني للقاعدة التي تعطي هذه الصلاحيات بحد ذاتها.[1] وبالتالي لا يهدم النظام القانوني برمته.

وعليه فمن الثابت بأن تطبيق حجة الظلم لا يؤدي إلى نتائج بالنسبة إلى النظام القانوني ككل كتلك التي تنتج من تطبيقها على القاعدة القانونية المنفردة.[2]

---

(1) الملفت للنظر أن المحكمة الدستورية الإتحادية لم تتطرق في قرار الإتفاقية البابوية إلى المشكلة المبينة هنا، ولكنها أقتصرت على السؤال المعاكس، فيما إذا كانت كل القواعد المرتكزة على قانون 1933/3/24، يجب بالضرورة إعتبارها قوانين نافذة، ما نفته المحكمة بالقول: لم يصرح عند الإعتراف بنظام الإختصاص الجديد، فيما إذا كانت القوانين واللوائح الصادرة على أساسه يمكن الإعتراف بها كقوانين نافذة، ولذلك فإن هذا يعتمد على مضمونها. فيمكن أن لا يعترف بها كقوانين عندما تخرق جوهر ومحتوى القانون. أنظر قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية، الجزء 6، ص 331 وما بعدها.

(2) من الأهمية بمكان هنا طابع النظام القانوني بأكمله بمقابل الإعتبار الأخر ونعني اعتراف القانون الدولي بالدول والحكومات. وهنا يتعلق الأمر التنازع بين مبدأ الفاعلية ومبدأ الشرعية، ... »

المطلب الثالث

الحجة المبدئية

Das Prinzipienargument

إن حجة الظلم تنطلق من وضع استثنائي، تنطلق من وضع القوانين الممعنة في الظلم. أما الحجة المبدئية فتنطلق من النشاط القانوني المعتاد. نقطة انطلاقها تعكس وجهة نظر علم المنهج القانوني، والذي من خلاله يجري التوحيد بين الوضعيين واللاوضعيين. فكل قانون وضعي، كما يقول هارت بناء مفتوح open texture[1] ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة من أهمها غموض لغة القانون، وإمكانية مخالفة النصوص، ونقص القواعد القانونية التي يُستند عليها في الحكم، وإمكانية الحكم خلافاً لمنطوق قاعدة ما في بعض الحالات الخاصة.[2] ويمكن الحديث هنا عن المجال المفتوح Offenheitsbereich في القانون الوضعي، والذي يمكن أن يكون واسعاً بشكل كبير أو قليل ولكنه موجود في كل نظام قانوني. فالحالة التي تقع في المجال المفتوح المذكور أعلاه سنشير إليها بأنها "حالة مشكوك فيها zweifelhafter Fall".

انطلاقاً من وجهة نظر المذهب الوضعي فإن هذه النتيجة يجب توضيحها على النحو التالي: لا يمكن في المجال المفتوح للقانون الوضعي أن نحكم بالإستناد

... » حيث يسود بالدرجة الأولى في النظرية كما في الواقع مبدأ الاعتراف. قارن ابسن Ipsen، س 1990، ص 237.

(1) هارت Hart، س 1961، ص 124

(2) قارن ألكسي Alexy، س 1991a، ص 17 وما بعدها

إلى القانون الوضعي. فإذا كان بإمكاننا أن نحكم بالإستناد إلى القانون الوضعي، لما كنا في مجال المنطقة المفتوحة. وعلى إعتبار أن القانون الوضعي هو القانون فحسب، فعلى القاضي أن يحكم في المجال المفتوح أي في الحالات المشكوك فيها بالإستعانة بمعايير غير قانونية أو خارجة عن نطاق القانون الوضعي. على إعتبار أن القاضي مخول وفقاً للقانون الوضعي أن يخلق مثله مثل المشرع قواعد قانونية جديدة، في الحالات المتماثلة جوهرياً، إستناداً إلى معايير خارجة عن نطاق القانون الوضعي.[1] ولقد عبر اوستين منذ أكثر من مئة عام عنها بالكلمات التالية: "بإعتبار أن قضاء القاضي يتوسع فليس هناك من قانون على الإطلاق"[2]

وخلافا لذلك تقول الحجة المبدئية بأن القاضي مرتبط قانوناً بالقانون الصادر والنافذ أصولاً حتى في مجال المنطقة المفتوحة، وحتى في حالة قيام إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق.[3] وهذا يطابق ما قالته المحكمة الدستورية في القرار المذكور أعلاه في قضية الأميرة ثريا المتعلق بمخالفة منطوق نص القانون، فقد جاء فيه ما يلي: " فالقانون لا يتطابق مع مجموعة القوانين المكتوبة. ففي مقابل القوانين واللوائح

---

(1) قارن كلسن Kelsen، س 1960، ص 350 وما بعدها

(2) So far as the judge's arbitrium extend, there is no law at all

اوستين Austin، س 1885، ص 664

(3) وفي هذا المعنى أنظر بيدلنسكي Bydlinski، س 1982، ص 289 وما بعدها. حيث يطلق على حجته وصف الحجة المنهجية methodologisches Argument، وأنظر دوركين Dworkin وتوضيحه للقانون على أنه مفهوم تفسيري Law is an interpretive Concept، (دوركين Dworkin، س 1986، ص 87 و 410، وبيتنر Bittner، س 1988، ص 20 وما بعدها وشترولز Strolz، س 1991، ص 98 وما بعدها.

الموضوعة من قبل سلطات الدولة يمكن أن ينشأ في ظل الوقائع أكثر من قانون"[1]

فأساس الحجة المبدئية يعكس الفرق بين القواعد والمبادئ.[2] فالقواعد هي تلك التي إن تحققت وقائعها فسيترتب على ذلك نتيجة قانونية حتمية. أي بتحقق شروط محددة سيترتب حكماً أمر بفعل ما، أو منع إتيان فعل ما، أو السماح بفعل ما أو التخويل بفعل ما على وجه حتمي. وباختصار يمكننا أن نطلق على القواعد ببساطة "أوامر قطعية defentive Gebote". ويعتبر التكييف Subsumtion هو الشكل المميز لتطبيق القواعد. وبالمقابل فإن المبادئ "أوامر مثلى Optimierungsgebote". وتعتبر الأوامر المثلى هذه بحد ذاتها قواعد تتطلب بأن يتحقق انطلاقاً من الإمكانيات القانونية والواقعية أمر على أفضل وجه ممكن نسبياً. وهذا يعني أن هذه الأوامر يمكن أن تتحقق بدرجات متباينة وأن الحد المفروض

---

(1) قرارات المحكمة الدستورية الإتحادية BVerfGE، س 34، ص 287

(2) قارن دوركين Dworkin، س 1984، ص 54 وما بعدها، ألكسي Alexy، س 1985، ص 71 وما بعدها، سيكمان Siekmann، س 1990، ص 52 وما بعدها. ويبرز الأستاذ دوركين الفارق بين القواعد والمبادئ إستناداً إلى قرار لمحكمة استئناف نيويورك تتلخص وقائعها بأن حفيد قتل جده طمعاً بثروته، قبض على الحفيد وحكم عليه بالسجن، لكنه بقي يطالب بالإرث، لأن جده كان قد إختاره وريثاً له. وعلى الرغم من أن هذه المطالبة مشروعة تماماً طبقاً للقواعد القانونية المرعية، ولكنها تصطدم بمبدأ قانوني مستقر يقضي "بعدم جواز الإستفادة من الضرر المسبب للغير". وعليه حكمت المحكمة بحرمانه من الإرث. ويعتقد دوركين أن القانون هو فقط مجموعة القواعد النافذة وأن وظيفة القضاء هي تطبيق هذه القواعد في القضايا المرفوعة أمامه. وأنه حتى في حال غياب القواعد أي في المجال المفتوح يمكن الحكم وايجاد الحل في القانون الوضعي استناداً إلى المبادئ المستقرة التي يقع على القضاء غالباً اكتشافها بجهد تجريدي إنطلاقاً من مجمل قواعد القانون — المعرب.

تحقيقه يعتمد ليس على الإمكانيات الواقعية فحسب، بل على الإمكانيات القانونية أيضاً. وأن الإمكانيات القانونية لتحقيق مبدأ ما تتحدد بشكل جوهري فضلاً عن القواعد من خلال المبادئ الحالية. وهذه يعني أن المبادئ قابلة للموازنة ومن الضروري تقييمها ووزنها. وتعتبر الموازنة Abwaegung في الواقع الشكل المميز لتطبيق المبادئ.

الطريق من هذا التفريق القانوني النظري إلى الإرتباط الحكمي بين الأخلاق والقانون يمر بثلاث فرضيات هي: فرضية الإحتواء وفرضية الأخلاق وفرضية العدالة. إن الإرتباط الحكمي الذي سيثبت بالإستعانة بهذه الفرضيات الثلاث هو أولاً إرتباط مفهومي، وهو ثانياً مجرد إرتباط نوعي وليس إرتباطاً تصنيفياً، مثلما هو الحال في حجة الظلم، وهو ثالثاً إرتباط من منظور المشترك في نظام قانوني، وليس من منظور المراقب.

أولاً ـــ فرضية الإحتواء Die Inkorporationsthese

تقضي فرضية الإحتواء بأن كل نظام قانوني يحوز على الأقل حداً أدنى من التطور يتضمن بعض المبادئ الأساسية. ومن السهل أن نجزم بصحة فرضية الإحتواء هذه إذا كان الأمر يتعلق بنظام قانوني متطور. ولنا في النظام القانوني في جمهورية ألمانيا الإتحادية خير مثال. فالدستور الألماني الإتحادي جسد المبادئ الأساسية للقانون الطبيعي والمنطقي في العصر الحديث بنصه في المادة الأولى على مبدأ احترام الكرامة الإنسانية(Art. 1, Abs. 1 GG) وفي المادة الثانية على مبدأ الحرية الشخصية (Art 2, Abs. 1 GG) وفي المادة الثالثة على مبدأ المساواة (Art. 3 Abs. 1 GG)، وفي المادة العشرين والثامنة والعشرين على مبدأ الدولة القانونية ومبدأ الديمقراطية

ومبدأ التكافل الإجتماعي (Art. 20, 28 Abs. 1 Sat. 1 GG)، وعليه فقد جسد هذا الدستور الأخلاقية التي يجب أن يكون عليها القانون والدولة في العصر الحديث كمبادئ القانون الوضعي للنظام القانوني في ألمانيا الإتحادية. ومثل هذه المبادئ تسري بغض النظر عن إختلاف أهميتها وتفاوت أساليب تقنينها في كل الأنظمة القانونية ذات النموذج الديمقراطي.

فلا يوجد عالم قانون وضعي ينازع بذلك شريطة أن يسمح بإمكانية إنتماء المبادئ والقواعد إلى النظام القانوني. ولكنه ينازع عندما يستنتج من ذلك بأي شكل كان وجود إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق. وفي ذلك لديه حجج كثيرة. أول هذه الحجج تقول أن مسألة فيما إذا كان نظاماً قانونياً ما يجسد مبادئ معينة بأي شكل كان هي مسألة تخص القانون الوضعي.[1] فإذا افترضنا أن هذا صحيح فإن الحجة المبدئية تفقد فاعليتها في أول مرحلة. يمكن أن ندعي في كل الأحوال ومن خلال القانون الوضعي بوجود علاقة بين القانون والأخلاق تتفق مع مذهب القانون الوضعي، حيث أن الوضعيين لا يحاججون بأن القانون الوضعي كما يعبر هورستر يراعي الأخلاق على وجه مؤكد،[2] هم يتمسكون فقط بأن القانون الوضعي هو الذي يقرر حول ما إذا كان مثل هذا يحدث.

السؤال الذي يطرح فيما إذا كان من الضروري أن تحتوي ليس بعض الأنظمة القانونية فحسب، بل كل الأنظمة القانونية القواعد الأساسية في القانون

---

(1) هورستر Hoerster، س 1987، ص 187 و س 1986، ص 2481

(2) هورستر Hoerster،س 1987، ص 186

الوضعي على شكل مبادئ. يجب أن يتم الإجابة على هذا السؤال من وجهة نظر المشترك، أي من وجهة نظر القاضي الذي عليه أن يحكم في قضية مشكوك بها، أي في قضية تقع في المجال المفتوح للنظام القانوني، ولا يمكن البت بها بالإستناد إلى القواعد القانونية السارية المفعول فحسب. والمعيار فيما إذا كان يستند القاضي على المبادئ هو فيما إذا سيقوم بإجراء الموازنة، فإذا تم إجراء الموازنة فإنه سيتم بالضرورة الإستناد على المبادئ. والسبب في ذلك هو أن إجراء الموازنة أمر ضروري تماماً عندما تقوم أسباب مقابلة، تعتبر كل على حده أسباباً جيدة للحكم، والتي لا تقود بسهولة إلى الوصول إلى حكم قطعي، لأنه يوجد سبب أخر يؤيد حكماً مغايراً. والحقيقة أن الأسباب التي من هذا النوع هي مبادئ أو تستند على المبادئ.[1]

ويمكن لأصحاب المذهب الوضعي أن يقروا بهذا، ويعارضوا بعد ذلك في أن هذا يستتبع بأن كل الأنظمة القانونية التي يقوم القاضي فيها بإجراء الموازنة في الحالات المشكوك فيها، تحتوي مبادئ أساسية. ويمكن أن يدعوا بأن الواقعة المجردة التي تم وزنها لا تعني أن المبادئ التي تمت الموازنة بالإستناد عليها تنتمي إلى النظام

---

(1) يرى الأستاذ كونتر Guenter بأن التفريق بين القواعد والمبادئ يجب أن لا يعتبر تفريقاً بين نوعين من القواعد، بل تفريقاً بين نوعين من تطبيق القواعد فحسب (كونتر Guenter، س 1988، ص 272 وما بعدها). ويحسب للأستاذ كونتر بأن التفريق على مستوى القواعد وعلى مستوى تطبيق القواعد هو تفريق أكثر غناً. فيمكن بناءاً عليه تفسير حدوث نوع محدد من التطبيق. وفيما عدا ذلك فإنه لا يمكن الإستغناء عن التفريق بين القواعد والمبادئ، لأنه فقط بالإستعانة به تكون المفاهيم مثل مفهوم تقييد القانون لملائمة التحديد صالحة (قارن ألكسي Alexy، س 1985، ص 249 وما بعدها).

القانوني. فتكون هذه المبادئ مجرد مبادئ أخلاقية أو مبادئ تصنيفية وتكون الحاجة إلى إجراء الموازنة مطلباً غير قانوني وليس مطلباً قانونياً. وقد يقال على خلاف هذا أن النظام القانوني بالنسبة للمشترك ليس نظاماً من القواعد بل هو نظام من الأصول، وأنه من وجهة نظر المشترك فالأسباب التي يراعيها في إجراءات الحكم والتسبيب تنتمي إلى الأصول وبالتالي إلى النظام القانوني.

ولعل من السابق لأوانه أن يقبل بهذا مناهضي الحجة المبدئية. فقد يعترضوا بأنه وإنطلاقاً من الواقع المجرد فقد يراعي القاضي قي سياق الحكم والتسبيب أسباباً محددة أي المبادئ والتي لا يجوز أن يستدل بأنها تنتمي للنظام القانوني. وهذا الإعتراض يمكن دحضه بالإستناد إلى حجة العدالة. فالقرار القضائي يجب كما ذكرنا سابقا أن يقر بالحق، وأن يراعي العدالة.[1] وبسبب الإرتباط الحكمي مع القرار القضائي فإن مطلب مراعاة العدالة ليس مجرد مطلباً أخلاقياً بل مطلباً قانونياً. فهذا المطلب القانوني بمراعاة العدالة يقابل واجب قانوني بوجوب تحقيقه أي بوجوب مراعاة العدالة، بغض النظر عن أين تكمن النتائج القانونية الناجمة خرق هذا الواجب. فمطلب مراعاة العدالة (Anspruch auf Richtigkeit) يؤيد في الحالة المشكوك فيها دائماً إجراء الموازنة ومراعاة المبادئ عندما يكون هذا ممكناً.
وعليه فلن يتحقق مطلب مراعاة العدالة بالضرورة عندما يختار القاضي في حالة مشكوك فيها التعليل التالي من بين حكمين متفقين مع النصوص النافذة:

"لو أنني أجريت الموازنة لكنت قضيت بالحكم الأخر. ولكني لم أجر الموازنة"

---

(1) قارن أعلاه ص 75 وما بعدها

ومن الواضح أنه في كل الأنظمة القانونية والتي يوجد فيها حالات مشكوك فيها، والتي يطرح فيها موضوع الموازنة، يغدو من الضروري قانوناً إجراء الموازنات وبالتالي مراعاة المبادئ. وهذا يعني أن المبادئ ولأسباب قانونية عناصر قانونية ضرورية للنظام القانوني في كل الأنظمة القانونية.

ويبقى مخرج أخير لمناهضي الحجة المبدئية، إذ يستطيعون الإدعاء بأن يمكن أن يوجد أنظمة قانونية، لا تحتوي أي حالة من الحالات المشكوك فيها بحيث لا يمكن ولا بأي حال إجراء الموازنة. لأنه في مثل هذه الأنظمة القانونية يمكن الحكم بدون أي إعتبار للمبادئ، وبالتالي فالفرضية المتقدمة بأن كل الأنظمة القانونية تحتوي قواعد ضرورية على شكل مبادئ تكون غير صحيحة. والتساؤل الواقعي والمهم هنا فيما إذا كان في الوجود أنظمة قانونية ليس فيها حالة من الحالات المشكوك فيها، بحيث يصح القول أن موضوع الموازنة لن يرد. وهذا المسألة لن نتناولها هنا. ولكن نقول أن مثل هذا النظام ـــ إن وجد ـــ هو في كل الأحوال نظام قانوني متخلف. ولذلك يصح القول: "أنه من أبسط درجات التطور أن تحتوي كل الأنظمة القانونية على المبادئ الضرورية"، وهذا يكفي أساساً لتبرير العلاقة الضرورية بين القانون والأخلاق من خلال الحجة المبدئية. أن الفرضية بأن كل الأنظمة القانونية تتضمن مبادئ أساسية يمكن أن تقوم تحت شرط إخراج الأنظمة القانونية التي لا تحوز على حد أدنى من التطور، دون أن تبطل الحجة المبدئية.

ثانيا – الفرضية الأخلاقية Die Moralthese

أن القول بأن كل الأنظمة القانونية التي لديها حد أدنى من التطور تحتوي

على قواعد جوهرية على شكل مبادئ، لا يستتبع القول أن هناك إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق. وكذلك فالقول بأن كل الأنظمة القانونية ذات النموذج الديمقراطي تحتوي المبادئ الأساسية للأخلاق المعاصرة للقانون والدولة لا تقوم دليلاً على وجود إرتباط حكمي بين الأخلاق والقانون. فبإمكان أصحاب القانون الوضعي أن يقولوا بأن إحتواء هذه المبادئ يستند على القانون الوضعي. وهذا يعزز الإدعاء القائل بأن مسألة فيما إذا كانت المبادئ المنتمية إلى نظام قانوني تؤسس إرتباطاً بين القانون والأخلاق هي مسألة تخص القانون الوضعي دائماً.

ولكي ندحض هذا الادعاء يجب أن نميز بين نوعين من صيغ فرضية الإرتباط اللازم بين القانون والأخلاق: الصيغة الضعيفة والصيغة القوية. فتنص الصيغة الضعيفة لهذه الفرضية أن هناك إرتباطاً لازماً بين القانون والأخلاق، أي أخلاق فلا يشترط إرتباط القانون بالأخلاق السليمة القويمة. وأما الصيغة القوية فتنص على أن هناك إرتباط لازم بين القانون والأخلاق السليمة القويمة. وما يهمنا في هذا المقام بالدرجة الأولى الصيغة الضعيفة. فالأمر يتعلق إذن بالفرضية القائلة بأن وجود المبادئ الأساسية في النظام القانوني يقود إلى إرتباط حكمي بين القانون وأي أخلاق. وسنشير إلى هذه المقولة بالفرضية الأخلاقية Moralthese.

وتكون هذه الفرضية صحيحة عندما يوجد دائماً ضمن المبادئ التي يجب مراعاتها في الحالات المشكوك فيها عملاً بمطلب مراعاة العدالة، مبادئ تنتمي إلى أي أخلاق. وهذا هو الحال. ففي الحالات المشكوك فيها يتعلق الأمر بإيجاد جواباً للمسألة العملية المطروحة، والذي لا يمكن أستخلاصه حكماً من المواد القانونية

النافذة. وفي مجال القانون فإن البت في مسألة عملية يعني قول ما المفروض؟ فمن يريد أن يقول ما المفروض بدون أن يستطيع تأييد جوابه إستناداً إلى الأحكام القانونية، فيجب عليه أن يراعي كل المبادئ المتعلقة بالموضوع إذا أراد أن يفي بمطلب مراعاة العدالة. فمن بين المبادئ ذات الشأن يوجد لإيجاد حل للمسألة العملية أيضا مبادئ تنتمي إلى أي أخلاق. هذه المبادئ لا يشترط أن تكون مبادئ مجردة مثل مبدأ الحرية الشخصية أو مبدأ الدولة القانونية. غالباً ما تكون مبادئ موضوعية إلى حد ما مثل مبدأ حماية الثقة ومبدأ حماية البيئة الطبيعية. ويمكن أن تختلف من حيث المضمون عن مبادئ الدولة الدستورية القانونية الديمقراطية مثل مبدأ التمييز العنصري. والمهم فقط هنا أن تكون هذه المبادئ بشكل دائم وبنفس الوقت مبادئ مستندة إلى أي أخلاق كيفما كانت هذه الأخلاق، سواء كانت أخلاق صحيحة أو كانت أخلاق خاطئة.

ويمكن لعلماء القانون الوضعي أن يعترضوا بأن هذا يتفق تماما مع نظريتهم. فالمذهب الوضعي يؤكد أن القاضي يجب أن يحكم في الحالات المشكوك فيها بالإستناد إلى معايير خارجة عن القانون، ما يعني أن يتضمن الحكم معايير أخلاقية.[1] ومع ذلك فإن هذه لا تعتبر نقطة حاسمة بالنسبة لأصحاب القانون الوضعي. وهذا يكمن أولا في أن المبادئ وطبقاً لفرضية الإحتواء هي عناصر أساسية

---

(1) قارن هارت Hart، س 1961، ص 199، " The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and wider moral ideals" يُظهر قانون كل الدول المتمدنة في مواضع مختلفة كثيرة تأثير أمرين: الأخلاق الإجتماعية المقبولة والمثل الأخلاقية المنتشرة

في النظام، أي تكون جزء أساسي من هذا النظام، وثانياً وطبقاً لفرضية الأخلاق من الضروري وجود مثل هذه المبادئ التي تنتمي إلى أي أخلاق. هذه الخصيصة المزدوجة التي تفترض التبعية الضرورية في وقت واحد للقانون والأخلاق تعني أن قرار القاضي في الحالات المشكوك فيها يكون مختلفاً عما يجري طبقاً للمذهب الوضعي. ولأن مضمون المبادئ متجسد في القانون طبقاً للمبادئ الأخلاقية، يحكم القاضي الذي يستند على هذه المبادئ طبقاً للمعايير القانونية. فإذا استعنا بالتصنيف الثنائي الغامض بين الشكل والمضمون يمكن أن يقال بان القاضي يحكم في المضمون طبقاً للمعايير الأخلاقية وفي الشكل طبقاً للمعايير القانونية.

ثالثا– فرضية العدالة Die Richtigkeitsthese

لقد بينا حتى الآن أن الحجة المبدئية تقود إلى إرتباط حكمي بين القانون وأي أخلاق. والإعتراض الذي يرد هنا أن هذا ليس كافياً. إذا أردنا الحديث عن إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق فأننا نعني عادة علاقة إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق السليمة، أي الأخلاق القويمة السامية. وهذا كان مطابقاً بشكل خاص لوجهة نظر المشترك. هذا الإعتراض كان سيصدق في الواقع بالنسبة لمؤيدي القانون الطبيعي لو لم تنجح الحجة المبدئية من تقرير إرتباط حتمي بين القانون والأخلاق السليمة، وبإعتبار أنها نجحت فهذا هو جوهر فرضية العدالة. ففرضية العدالة هي نتيجة لتطبيق حجة العدالة في سياق الحجة المبدئية.

ففرضية العدالة لا تطرح صعوبة إذا كانت مبادئ القانون الوضعي تنطوي على مضمون مؤيد أخلاقياً أو على الأقل مباح أخلاقياً. وكمثال يمكن أن نستعين

بستة مبادئ أساسية من الدستور الإتحادي الألماني وهي: مبدأ احترام الكرامة الإنسانية، ومبدأ احترام الحرية الشخصية، ومبدأ المساواة، ومبدأ الدولة القانونية، ومبدأ الديمقراطية، ومبدأ التكافل الإجتماعي. تستلزم هذه المبادئ بوصفها أوامر مثلى وجوب تحققيها بأوسع ما يمكن. وتعزز هذه المبادئ مع بعضها البعض تحقيق المثل القانونية على وجه تقريبي، ولا سيما مثل دولة القانون الديمقراطية الإجتماعية.(1) فإذا كانت هذه المبادئ العليا أو المبادئ الكثيرة التي تندرج تحتها تثار بشأن حالة مشكوك فيها، فإن القاضي ملزم قانوناً أن يعمل في الحالة الواقعية المعروضة المبدأ الذي يناسب الحالة. وهنا يتعلق الأمر بالإجابة على السؤال القانوني والذي يتعلق في جوهره بموضوع الأخلاق السياسية. وعلى الأقل فإن جزءاً من الحجج والتي بواسطتها يؤسس القاضي نتائج الموازنة، يتضمن في جوهره طابع الحجج الأخلاقية. وهذا يستتبع أن مطلب مراعاة العدالة القانونية، والذي يرتبط بالحكم على وجه حكمي يحتوي ضمناً مطلب مراعاة العدالة الأخلاقية. من هذه الناحية يتكون في الأنظمة القانونية والتي تحتوي مبادئها القانونية الوضعية على محتوى مؤيد أخلاقياً أو على الأقل مباح أخلاقياً، إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق السليمة.

ويمكن أن يعترض مناهضي الحجة المبدئية بأن هذه الحجة تقود إلى إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق السليمة في الأنظمة القانونية الأخلاقية الشرعية فقط، ولكن ليس إلى إرتباط حكمي مطلق في كل الأنظمة القانونية. يمكنهم هنا أن

---

(1) درایر R. Dreier، س 1986، ص 30

يستشهدوا بنظام قانوني مثل نظام الحكم النازي في ألمانيا، والذي كان يحتوي[1] مبادئ مثل مبدأ العنصرية ومبدأ تأليه القائد، والتي تستند إلى أخلاق مختلفة تماماً عن مبادئ الدستور الإتحادي الألماني النافذ. يمكنهم هنا أن يسألوا كيف يفترض أن يقود تطبيق مبدأ مراعاة العدالة في سياق الحجة المبدئية إلى إرتباط حكمي بين القانون والأخلاق السليمة؟

إن الحجة المبدئية هنا تستند إلى حجة الظلم. ولكن يجب أن لا يتوقف الأمر في المقام عليها. والأمر الحاسم هنا أن القاضي الذي يطبق مبدأ العنصرية ومبدأ تأليه القائد يدعي في حكمه مراعاة العدالة. إن مطلب مراعاة العدالة ينطوي ضمناً على واجب التسويغ والتسبيب Anspruch auf Begruendbarkeit. وهذا الواجب لا يقتصر فقط على أن يكون قابل للتسبيب إستناداً إلى أي أخلاق وبالتالي صحيحاً، بل يقتضي أن يكون القرار قابل للتسبيب إستناداً إلى الأخلاق السليمة وبالتالي صحيحاً. فالإرتباط الحكمي بين القانون والأخلاق السليمة يقوم على أن مبدأ مراعاة العدالة ينطوي على مراعاة العدالة الأخلاقية السليمة، والذي يغطي أيضاً المبادئ الأساسية.

يمكن أن يبدي ناقد ما إعتراضاً بأن الإرتباط بين القانون والأخلاق

---

(1) قارن شتوكارت وكلوبكه Stukart/Globke، س 1936، ص 7: "على القائد المسؤول في الدولة أن يتفحص كيف يؤالف الشعب الذي منحه الثقة بشكل عنصري، وإعداد التدابير الكفيلة بعرقلة أي تضحية بالقيم العنصرية وتقوية معظم الشعب ما أمكن" و ص 13: "فمن الأفكار العنصرية تنتج بشكل حتمي أفكار القائد، فالدولة الشعبية يجب أن تكون إذن دولة القائد"

السليمة في هذه الحالة سيتبخر، بحيث لا يتعذر الحديث ثانية عن الإرتباط الحكمي بين القانون والأخلاق. وهنا يتعلق الأمر أولاً بمطلب مراعاة العدالة فقط وليس بتحقيقه، وثانياً بالحديث عن الأخلاق السليمة فقط، وليس عن ماهية الأخلاق السليمة. وكلتا الملاحظتين صحيحتان. وطبقاً لذلك فإن الملاحظتين لا يسقطان فرضية الإرتباط.

وفي خارج نطاق حجة الظلم، أي خارج نطاق الظلم الصارخ، فمن السهل معرفة أن مطلب مراعاة العدالة وليس تحقيقه يمكن أن يقيم إرتباطاً حكمياً بين القانون والأخلاق السليمة. ومن يدعي تحقيقه فلا شك أنه يبالغ. حيث يدعي بأن القانون وكل قرار قضائي منفرد يحقق بصورة حتمية العدالة. وبعبارة مختصرة القول بأن القانون يكون على وجه الدوام سليماً من وجهة النظر الأخلاقية. وهذا القول يتضمن بأن كل ما هو ليس صحيح من الناحية الأخلاقيةً لا يعتبر قانوناً. لقد تبين من خلال شرح حجة الظلم أن مثل هذه الفرضية القوية لا يمكن تبنيها. ولذلك لا يتعلق الأمر هنا بالإرتباط التصنيفي بين القانون والأخلاق بل بالإرتباط النوعي. وعلى ذلك فلا يقود خرق مبادئ الأخلاق خارج منطقة الظلم الصارخ إلى فقدان الطابع القانوني للقاعدة أو القرار القضائي المثيرين للجدل. أي إلى إعتبارهما غير قانونيين (إرتباط تصنيفي) ولكن تقود فقط إلى إعتبارهما قاعدة معيبة من الناحية القانونية أو قرار قضائي معيب قانوناً (إرتباط نوعي). إن الإرتباط الضروري للقانون بمبدأ مراعاة العدالة وكونه ينطوي في حقيقة الأمر على مراعاة الأخلاق السليمة لا يعد سبباً يؤدي في خارج منطقة الظلم الصارخ إلى فقدان الطابع القانوني لخرق الأخلاق السليمة، ولكن يؤدي وبالضرورة إلى تعييب قانوني. ومن هنا يمكننا

أن نشير إلى الإرتباط التصنيفي بالإرتباط القوي، والإرتباط النوعي بالإرتباط الضعيف. ويمكن أن تكون الإرتباطات الضعيفة ضرورية أيضا.

ويبقى هناك إعتراضاً حيث أن الإستناد المجرد إلى الأخلاق السليمة غير كاف، ولكن هذا الإعتراض لا يمكن أن يزال من خلال ذكر النظام الشامل للقواعد الأخلاقية التي تسمح على أي حال بإتخاذ قرار يقيني حول ما إذا كانت القاعدة القانونية أو القرار القضائي يخالفها. فبينما ينعقد الإجماع إلى حد كبير بأن كل القواعد التي تقع في منطقة الظلم الصارخ تخرق الأخلاق وتنافي العدالة، يهيمن إلى حد بعيد الخلاف بشأن القواعد الظالمة التي تقع خارج هذه المنطقة. وهذا لا يعني أنه لا يوجد في هذا المجال معايير على الإطلاق حول ما هو عادل وما هو غير عادل. إن المفتاح للدخول إلى هذه المعايير يكون من خلال مبدأ مراعاة العدالة التي ينطوي على واجب مراعاة التسبيب. ومراعاة هذا الواجب تقود إلى متطلبات بأن يتحقق على الأقل قدراً من الأخلاق لكي لا تحدد بأنها أخلاق خاطئة، ويقود أيضاً إلى متطلبات بأن الأخلاق يجب أن تتحقق بأعلى مستوى ممكن لكي يمكن إعتبارها أخلاق سليمة.[1] وكمثال لتسبيب مبدأ لا يحقق هذه المتطلبات، التسبيب أو التبرير الذي قدماه الأستاذان شتوكارت وكلوبكه لمبدأ العنصرية والذي يقول: "نعلم اليوم بالإستناد إلى النظرة العلمية الدقيقة أن الإنسان حتى في الإنفعالات اللاواعية في أعماق نفسه وحتى أصغر وبرة في دماغه تكمن في الواقع والحقيقة تبعيته العرقية والإجتماعية. فالعرق يطبع نفسه ليس بأقل ما يطبع شكله الخارجي. أنها

(1) قارن ألكسي Alexy، س 1991a، ص 233 ما بعدها

تحدد أفكاره وأحاسيسه، قواه وغرائزه، طبعه ومزاجه"[1]

أن هذا التبرير لا يتفق مع أبسط متطلبات التسويغ المنطقي. ولنأخذ هنا فقط مقطع من هذا التبرير الذي يدعي بأن العرق (السلالة) يحدد أفكار الإنسان. فهذا الإدعاء لا يتوافق على الإطلاق مع "النظرة العلمية الدقيقة"، لا بل أن هذا الإدعاء خاطئ عملياً كما تدلنا خبرتنا اليومية.

إن الإرتباط النوعي أو الإرتباط الضعيف بين القانون والأخلاق والذي يتضح بشكل جلي إذا نظرنا إلى النظام القانوني بوصفه نظاماً من الأصول إنطلاقاً من وجهة نظر المشترك، لا يؤدي إلى إرتباط حكمي للقانون مع الأخلاق السليمة، ولكن إلى إرتباط حكمي للقانون مع فكرة الأخلاق السليمة بمعنى الأخلاق المسببة المعللة. وهذه الفكرة ليست فكرة جوفاء. إن إرتباطها بالقانون يعني أن ما ينتمي للقانون ليس فقط القواعد الخاصة للتسبيب القانوني، ولكن القواعد العامة للحجج الأخلاقية أيضاً، بحيث أنه ما يمكن أن يكون صحيحاً في مجال الأخلاق يكون وفقاً لهذه القواعد ممكناً. فتنهار فيها موجودات كبيرة من اللاعقلانية والظلم. وعلاوة على ذلك فإن لفكرة الأخلاق السليمة طابع الأفكار التنظيمية بمعنى غايات مقصودة.[2] وبالتالي يقود مبدأ مراعاة العدالة إلى إرتباط حكمي للقانون مع البعد الأخلاقي المرتبط به.

---

(1) شتوكارت وكلوبكه Stukart/Globke، س 1936، ص 10

(2) قارن كانت Kant، س 1781 و1787، ص 644، 672: "بالمقابل فهناك استعمال منتظم ولازم ممتاز ولا غنى عنه، يعني توجيه العقل نحو غايات محددة، بتجميع إتجاهات كل قواعده في نقطة"

الباب الثالث

سريان القانون

Die Geltung des Rechts



الفصل الأول

مفاهيم السريان

Geltungsbegriffe

إن العناصر الثلاثة للمفهوم القانوني، الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية والعدالة تقابل ثلاثة مفاهيم للسريان هي المفهوم الإجتماعي للسريان والمفهوم القانوني للسريان والمفهوم المثالي للسريان.

المبحث الأول

المفهوم الإجتماعي لسريان القانون

Der soziologische Geltungsbegriff

موضوع مفهوم سريان القانون الإجتماعي هو سريان القانون من الناحية الإجتماعية. فقاعدة ما تسري إجتماعياً عندما تتبع أو عندما يعاقب على عدم إتباعها. ولعل هذا التفسير يتيح تفسيرات لا حصر لها. والسبب الأول في ذلك هو أن مفاهيم الإتباع والمعاقبة غير واضحة في إستعمالاتها. وهذا ينطبق بشكل أساسي على مفهوم إتباع قاعدة ما. وهنا يمكن التساؤل فيما إذا كان يكفي للقول بإتباع قاعدة ما التصرف وفقاً لها ظاهرياً أم لا بد من توفر دافع معين أو دراية محددة للفعل. فإذا كان يشترط توفر معرفة بالفعل ودافع إليه، فسنواجه مشكلة أي دراية وأي دافع يجب أن يتوفرا، لنتمكن من القول بإتباع قاعدة ما. والسبب الثاني هو أن قاعدة ما يمكن أن تتبع بدرجات مختلفة، كما يمكن أن يعاقب على عدم إتباعها

بدرجات متفاوتة. ويتمخض عن ذلك أن التأثير الإجتماعي لقاعدة ما أو السريان الإجتماعي لها هي مسألة متفاوتة الدرجات. وبالتالي فإن القاعدة التي تتبع بنسبة ثمانين بالمئة من حالاتها، ويعاقب على خمسة وتسعين بالمئة من حالات عدم إتباعها تعتبر على درجة كبيرة من التأثير الإجتماعي. وبالمقابل فإن القاعدة القانونية التي تتبع بنسبة خمسة بالمئة فقط من حالاتها، ويعاقب على ثلاث بالمئة من حالات عدم إتباعها تعتبر قاعدة على درجة ضعيفة جداً في تأثيرها الإجتماعي. وبين هذين الحدين المتطرفين تقع تلك القواعد التي لا يمكن تحديد تأثيرها الإجتماعي بوضوح. فلو أخذنا قاعدة قانونية تتبع بنسبة خمسة وثمانين بالمئة من حالاتها، ولكنه لا يعاقب إلا على واحد بالمئة من حالات عدم إتباعها، وقاعدة تتبع في عشرين بالمئة من حالاتها ويعاقب على ثماني وتسعون بالمئة من حالات عدم إتباعها. والسؤال الذي يرد هنا أي قاعدة بين القاعدتين المذكورتين تحوز حد أعلى من التأثير الإجتماعي، وهنا لا يمكننا أن نعتمد في الحكم فقط على مقارنة النسب. إن الإجابة على السؤال المطروح يقتضي تقدير أهمية الإتباع من جهة، ومعاقبة عدم الإتباع من جهة ثانية في نطاق مفهوم السريان الإجتماعي.

وفي نطاق علم الإجتماع القانوني نجد شرحاً مسهباً لمشاكل مفهوم السريان الإجتماعي.[1] إن التصورات العملية لبحث التأثير [2] يفرض التدقيق. وهنا يكفي تحديد ثلاث أمور: الأول هو أن السريان الإجتماعي مسألة متفاوتة الدرجات.

---

(1) قارن روتلويتنر Rottleuthner، س 1981، ص 91 وما بعدها، روهل Roehl، س 1987، ف 243 وما بعدها

(2) قارن روتلويتنر Rottleuthner، س 1987، ص 54 وما بعدها

والثاني هو أن السريان الإجتماعي يعرف بالإستناد إلى معيارين: الإتباع والمعاقبة على عدم الإتباع. والثالث هو أن المعاقبة على عدم الإتباع للقواعد القانونية تتضمن ممارسة الإكراه المادي والذي يعتبر إكراه منظم من قبل الدولة وحكر لها في الأنظمة القانونية المتطورة.[1]

المبحث الثاني
المفهوم المثالي لسريان القانون
Der ethische Geltungsbegriff

إن موضوع المفهوم المثالي لسريان القانون هو تطبيق القانون بصورة مثالية أخلاقية. فالقاعدة القانونية تسري بطريقة مثالية عندما يتم تبريرها أخلاقياً. ويرتكز المفهوم المثالي على نظريات القانون الطبيعي والقانون المنطقي. فسريان قاعدة قانون طبيعي أو قانون منطقي لا تستند إلى تأثيرها الإجتماعي ولا على شرعيتها الشكلية، ولكنها تستند فقط على صحة مضمونها وعدالته، والتي يمكن إثباته بالإستناد إلى تبرير أخلاقي قانوني.

المبحث الثالث
المفهوم القانوني لسريان القانون
Der juristische Geltungsbegriff

إن المفهوم الإجتماعي والمفهوم المثالي يعتبران مفهومين صرفين للسريان،

(1) أنظر في ذلك أعلاه، ص 40 ومابعدها

حيث أنه لا يفترض أن يحتوي كل منهما بشكل حكمي مقومات تنتمي لمفاهيم السريان الأخرى. على أن الأمر بالنسبة لمفهوم السريان القانوني مختلفاً. حيث أن جوهره هو سريان القانون وفقاً للأصول القانونية. فعندما لا يحوز النظام القانوني أو لا تحوز قاعدة قانونية السريان الإجتماعي أي يكاد ينعدم تأثيرها الإجتماعي، فإن هذا النظام القانوني أو القاعدة القانونية يمكن أن لا تسري قانوناً. فمفهوم السريان القانوني يتضمن بالضرورة إذن مقومات السريان الإجتماعي. فإذا تضمن مفهوم السريان القانوني مقومات السريان الإجتماعي فحسب، نكون بصدد مفهوم قانوني وضعي للسريان، وإذا تضمن بالإضافة إلى ذلك مقومات السريان المثالي الأخلاقي نكون بصدد المفهوم الطبيعي للسريان القانوني.

والواقع بأن مفهوم كامل التكوين للسريان القانوني كمفهوم وضعي يتضمن مقومات السريان الإجتماعي، وكمفهوم غير وضعي يتضمن مقومات السريان الإجتماعي والأخلاقي معاً، لا يمنع إمكانية إنشاء مفهوم سريان قانوني بالمعنى الضيق يستند فقط على الصفات الخاصة بالسريان القانوني، ويشكل في هذه الحالة مفهوماً مختلفاً عن مفهوم السريان الأخلاقي والسريان الإجتماعي. إن مثل هذا المفهوم للسريان القانوني هو المقصود عندما يقال بأن قاعدة ما تسري عندما تصدر عن الهيئة المختصة بذلك، وفي الحالات المحددة لذلك، بحيث لا تتعارض مع القانون الأسمى مرتبة، أو باختصار عندما يقال أن قاعدة صدرت طبقاً للقانون.

إن مفهوم السريان القانوني يثير مشكلتين: مشكلة داخلية ومشكلة خارجية. تنبثق المشكلة الداخلية من أن تعريف السريان القانوني يقتضي مسبقاً سرياناً قانونياً،

وبالتالي يبدو الأمر كأنه دوران في حلقة مفرغة. وإلا كيف يقال ما هي "الهيئة المختصة قانوناً" أو أن إصدار قاعدة قانونية تم "في الحالات المحددة قانوناً لذلك"؟ وهذه المشكلة تقودنا إلى مشكلة القاعدة القانونية الأساسية Grundnorm. وأما المشكلة الخارجية فتكمن في تحديد الصلة بين مفهوم السريان القانوني وبين مفهومي السريان الآخرين. أن الصلة مع مفهوم السريان المثالي قد تم تناولها سابقاً عند النقاش حول مذهب القانون الوضعي. وأما الصلة مع مفهوم السريان الإجتماعي فلم يتم تناولها حتى الآن. وعلينا أولا شرح المشكلة الخارجية. كما سنتناول لإعتبارات منهجية موضوع العلاقة بين مفهوم السريان القانوني بالمعنى الضيق مفهوم السريان المثالي مرة ثانية.

الفصل الثاني

التنازع بين مفاهيم السريان

Geltungskollisionen

تتميز الحالات المتطرفة بإمكانية معرفتها وتمييزها، بخلاف الحالات العادية التي لا يتسنى ملاحظتها إلا بالكاد. وفي إطار البحث في مفاهيم سريان القانون تتكون الحالات المتطرفة من المنازعات بين مفاهيم سريان القانون المختلفة. وعليه سنتناول بادئ ذي بدء موضوع تنازع السريان الإجتماعي والسريان القانوني.

المبحث الأول

السريان القانوني والإجتماعي

Rechtliche und soziale Geltung

لقد أوضحنا سابقا أن ما ينطبق على النظام القانوني ككل، لا ينطبق بالضرورة على القواعد القانونية المنفردة. ولذلك سنتناول أولا الأنظمة القانونية.

المطلب الأول

الأنظمة القانونية

Normensysteme

إن شرط سريان نظام قانوني هو أن تكون القواعد القانونية التي تنتمي إلى هذا النظام مؤثرة اجتماعياً على وجه الإجمال، أي أنها تسري إجتماعياً بوجه

الإجمال.[1] وهنا يجب أن نأخذ بعين الإعتبار الأنظمة المتمدنة فقط، حيث يستند السريان القانوني للقواعد القانونية في الأنظمة القانونية المتمدنة على الدستور المدون أو العرفي (غير المدون)، الذي يحدد الشروط التي يجب أن تتوفر في قاعدة لكي تنتمي إلى النظام القانوني، وبالتالي تسري سرياناً قانونياً. فالقواعد القانونية المنفردة التي تسري قانوناً وفقاً لمعايير السريان المنصوص عليها في الدستور، والتي تفقد سريانها الإجتماعي لا يعني أن الدستور وبالتالي النظام القانوني الذي يقوم عليه يفقد برمته سريانه القانوني. ويمكن تجاوز هذا الأمر عندما تكون القواعد القانونية التي تنتمي للنظام القانوني غير مؤثرة اجتماعياً على وجه الإجمال. أي أنها بالإجمال لم تعد متبعة أو لم يعد يعاقب على عدم إ تباعها.

إن مشكلة سريان نظام قانوني ككل تتفاقم بشكل كبير إذا تنازع نظامان قانونيان مختلفان مع بعضهما البعض. هذه الحالة يمكن أن يحدث في حالة الثورة أو الحرب الأهلية أو الإنفصال. فمن السهل معرفة ما الذي يسري إذا انتصر هذا الطرف أو ذاك. من المؤكد أن النظام القانوني للفريق الغالب الذي حقق النصر على الطرف الأخر سوف يسري ويطبق. ومعنى هذا أنه من الآن فصاعداً يوجد نظام قانوني واحد مؤثراً إجتماعياً على وجه الإجمال. وليس من السهل معرفة النظام القانوني الذي يسري في مرحلة تنازع النظامين أي في مرحلة الصراع السياسي بينهما. هناك ثلاث إمكانيات: الأولى أنه لم يسرِ أي من النظامين القانونيين كنظام قانوني، لإفتقارهما إجمالاً للتأثير الإجتماعي. والإمكانية الثانية هو أن النظام القانوني

(1) كلسن Kelsen، س 1960، ص 219

الذي سيسري هو النظام القانوني الذي سينتصر في النهاية، على الرغم أنه لا أحد يعرف حتى الآن من سيكون هذا النظام. الإمكانية الثالثة والأخيرة هي أن النظام القانوني القديم لم يعد يحظى بالتأثير الإجتماعي على وجه الإجمال، على أن يظل سارياً حتى يفوز النظام القانوني الجديد الذي يحظى بالتأثير الإجتماعي بوجه الإجمال. على أن البحث في هذه الإمكانيات الثلاث وما يقع بينهما من أشكال لا حصر لها من الإمكانيات هي وظيفة نظرية تغير النظام القانوني (نظام الحكم).

لقد ذكر الأستاذ هورستر علامة مميزة للمفهوم القانوني، بأن النظام القانوني يكون نظاماً قانونياً، أي يسري قانوناً عندما يحقق في حالة التنازع القائمة الغلبة على الأنظمة الآمرة الأخرى في المجتمع.[1] هذا المعيار يمكن أن يشار إليه بمعيار الهيمنة (معيار السيطرة Dominanzkriterium). إن معيار السيطرة هذا لا يضيف في حقيقة الأمر شيئاً إلى معيار التأثير الإجتماعي القائم إجمالاً، حيث أنه يتضمنه. فالنظام القانوني الذي لا يحقق الغلبة على النظم الآمرة المعيارية هو غير مؤثر إجتماعياً بوجه الإجمال.

المطلب الثاني
القواعد القانونية المنفردة
Einzelne Normen

إن القاعدة القانونية الموضوعة وفق الأصول في نظام قانوني يحظى بالتأثير

(1) هورستر Hoerster، س 1987، ص 184

الإجتماعي إجمالاً، لا تفقد سريانها القانوني إذا لم تتبع على وجه مطرد، أو إذ لم يعاقب على عدم مراعاتها إلا نادراً. وعلى خلاف النظام القانوني فان لا يشترط لسريان القاعدة القانونية المنفردة، أن تحوز التأثير الإجتماعي إجمالاً. ومن السهولة بمكان معرفة السبب في هذا الفرق. فيمكن أن يقال بالنسبة للقاعدة القانونية المنفردة بأنها تسري لأنها تنتمي إلى نظام قانوني يحوز التأثير الإجتماعي إجمالاً. ولكن هذا القول لا معنى له في حالة النظام القانوني، لأن النظام القانوني الذي يفترض أن ينتمي إليه هو النظام القانوني نفسه.

وبالتالي يوجد بالنسبة للقاعدة القانونية المنفردة علاقة بين السريان القانوني والسريان الإجتماعي. بحيث أن التنازع بين السريان القانوني والسريان الإجتماعي يمكن أن ينطوي على نتائج لهذا الأخير. إن شرط السريان القانوني للقاعدة القانونية المنفردة هو في الواقع ليس لكونها مؤثرة إجتماعياً على وجه الإجمال، ولكن لكونها تنطوي على حد أدنى من التأثير الإجتماعي أو على حد أدنى من إمكانية التأثير الإجتماعي. وهذا الشرط يطابق ظاهرة الإلغاء عن طريق العرف Phaenomen der Derogation. ويكون هذا الإلغاء عند فقدان السريان القانوني لقاعدة قانونية بسبب إنخفاض تأثيرها الإجتماعي عن الحد الأدنى. وبغض النظر عن حالة إنعدام التأثير الإجتماعي فإن هذا الحد الأدنى لا يتحدد بدقة بالإستناد إلى الحالات العامة كما هو الحال في التأثير الإجتماعي القائم إجمالاً في الأنظمة القانونية. يمكن أن يوجد حالات يكون فيها درجة عالية من الشك، فيما إذا فقدت قاعدة قانونية ما سريانها القانوني بسبب الإلغاء عن طريق العرف أم لا.

المبحث الثاني

السريان القانوني والسريان الأخلاقي

Rechtliche und moralische Geltung

لقد تناولنا في معرض الحديث عن نقد المفهوم القانوني الوضعي ما هو ضروري بشأن التنازع بين السريان القانوني والسريان الأخلاقي.[1] وعليه سنقتصر الكلام هنا فقط على مقارنة النتائج الحاصلة سابقاً، بالإضافة إلى حل التنازع بين السريان القانوني والسريان الأخلاقي.

المطلب الأول

الأنظمة القانونية

Normensysteme

إن الأنظمة القانونية التي لا تدعي بشكل صريح أو ضمني مطلب مراعاة العدالة هي في الحقيقة ليس أنظمة قانونية، وبالتالي لا يمكن أن تسري قانوناً. ولهذه الخلاصة نتائج عملية طفيفة على إعتبار أن الأنظمة القانونية القائمة تعلن بإنتظام مطلب مراعاة العدالة ولكن لا تلتزم به إلا على نحو طفيف.

إن المشاكل العملية الهامة تظهر عندما يعلن مبدأ مراعاة العدالة ولكنه لا يحقق، بحيث يقتضي تصنيف النظام القائم على أنه نظام غير قانوني، نظام ظالم. وهنا

(1) قارن أعلاه ص 47 وما بعدها

تطرح مسألة تطبيق حجة الظلم على قواعد النظام القانوني برمتها. وللوهلة الأولى يغلب الظن بأن إستعمال صيغة موافقة لحل التنازع بين السريان القانوني وبين السريان الإجتماعي أي أن نقول أن النظام القانوني يفقد قوة سريانه القانونية إذا كان بالإجمال غير عادل. لقد تبين من شرح فرضية الإشعاع وفرضية الهدم بأن هذا الحل غير وارد.[1] أن مجال تطبيق حجة الظلم تقتصر على القواعد القانونية المنفردة. ولكن إذا فقدت كثير من القواعد القانونية المنفردة طابعها القانوني بحيث أن لم يعد يتوفر الحد الأدنى من القواعد القانونية التي تعتبر جوهرية لوجود النظام القانوني، يفقد النظام القانوني بوصفه نظاماً قانونياً وجوده. وهذا بالطبع ليس نتيجة لتطبيق حجة الظلم على النظام القانوني ككل، بل نتيجة من نتائج تطبيقها على القواعد القانونية المنفردة. وما ينطبق على الأنظمة القانونية هو عبارة علاقة غير متكافئة بين السريان القانوني والإجتماعي من جهة، وبين السريان الأخلاقي والقانوني من جهة أخرى. ويكمن عدم التكافؤ في أن السريان القانوني لنظام قانوني ككل يعتمد بشكل أكثر على السريان الإجتماعي منه على السريان الأخلاقي. فالنظام القانوني الذي لا يكون مؤثراً إجتماعياً بصورة عامة، سيتدعى بوصفه نظاماً قانونياً. وعلى العكس من ذلك فإنه من الممكن للنظام القانوني أن يحافظ على وجوده على الرغم من أنه لا يكون مبرراً على وجه الإجمال من الناحية الأخلاقية. وسيتدعى هذا النظام القانوني وبالتالي سيفقد سريانه القانوني، إذا فقدت فيه كثير من القواعد طابعها القانوني بسبب مجافاتها الصارخة للعدالة. بحيث لم يعد يتوفر الحد الأدنى من القواعد

---

(1) قارن أعلاه ص 109 وما بعدها

القانونية التي تعتبر ضرورية لقيامه.

وينشأ مفهوم قانوني مناسب من خلال التوفيق بين ثلاث عناصر: الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية والعدالة.[1] ويبدو واضحاً الآن بأن الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية والعدالة لا يجب أن يتقدم أحدها على الأخر لا بشكل عام ولا بعلاقة بعضهما البعض، بل يجب أن تندرج في علاقة منتظمة متدرجة.

المطلب الثاني
القواعد القانونية المنفردة
Einzelne Normen

إن القاعدة القانونية المنفردة تفقد طابعها القانوني وبالتالي سريانها القانوني إذا كانت تجافي العدالة بشكل لا يحتمل. وهذا المعيار يطابق في شكله الصيغة التي تقول بأن القاعدة القانونية المنفردة تفقد طابعها القانوني إذا لم تظهر حد أدنى من التأثير الإجتماعي أو حد أدنى من إمكانية التأثير الإجتماعي.[2] وفي كلتا الحالتين يتعلق الأمر بحالة خاصة. فبدلاً أن نقول أن القاعدة القانونية المنفردة يجب أن تنطوي على حد أدنى من التأثير الإجتماعي أو حد أدنى من إمكانية التأثير الإجتماعي، يمكن أن نقول أنه لا يجوز أن تكون القاعدة عديمة التأثير مطلقاً، أو تحوز فقط على إمكانية تأثير تافهة جداً. وبالعكس يمكن أن نستبدل الصيغة التي تقول بأن القاعدة تفقد

---

(1) قارن أعلاه ص 37 وما بعدها

(2) قارن أعلاه ص 142 وما بعدها

سريانها القانوني عندما تكون ظالمة بشكل لا يطاق، بالقول بأن شرط السريان القانوني للقاعدة المنفردة هو أن تظهر حد أدنى من القدرة التبريرية Rechtfertigungsfaehigkeit.[1] وهذه تنطوي على معاني غامضة. فالقاعدة القانونية لا يمكن تبريرها تبريراً أخلاقياً كافياً ليس فقط إذا كانت ظالمة ظلماً صارخاً، بل إذا كانت فقط ظالمة ظلماً بسيطاً. فالقاعدة القانونية الظالمة لا يمكن تبريرها بحد ذاتها ولذلك لا يمكن تبريرها أيضا في الحد الأدنى. وعليه تحتفظ القاعدة القانونية الظالمة ظلماً بسيطاً بسريانها القانوني، ويشترط لذلك طبقاً لصيغة الحد الأدنى المقررة أن تظهر حداً أدنى من القدرة التبريرية الأخلاقية. ولإزالة هذا التناقض نقول أن مفهوم الحد الأدنى من القدرة التبريرية الأخلاقية لا يشير إلى القواعد المنفردة بحد ذاتها بل إلى السريان القانوني للقواعد المنفردة. وبسبب المزايا الأخلاقية الموجودة في النظام القانوني ككل يمكن للسريان القانوني لقاعدة منفردة تنتمي إلى هذا النظام القانوني إثبات حد أدنى من القدرة التبريرية الأخلاقية، وإن كانت لا تحوز بحد ذاتها هذا القدرة التبريرية الأخلاقية لأنها ظالمة. وعليه فإن الصيغة المرتكزة على الحد الأدنى تتطلب موازنة معقدة عندما يتعلق الأمر بمدى القدرة التبريرية الأخلاقية، ومن هنا يكتسب المعيار البسيط للظلم الصارخ ميزة.

وكنتيجة يمكن أن نؤكد أن دور السريان الإجتماعي ودور السريان الأخلاقي في إطار مفهوم السريان القانوني يكون متكافئاً في حالة سريان القاعدة

---

(1) دراير Dreier، س 1981a، ص 198

القانونية المنفردة. وفي كلا الحالين يستخلص ذلك من حالة خاصة (حالة يدق فيها الأمر). هذا يعبر عن الواقع بأن الشرعية الشكلية في إطار نظام قانوني مؤثراً إجتماعياً هو المعيار السائد لسريان القاعدة القانونية المنفردة ما يؤكده الواقع العملي القانوني اليومي.

الفصل الثالث

القاعدة الأساسية

Grundnorm

إن مفهوم السريان القانوني الذي لا يأخذ بعين الإعتبار عنصري التأثير الإجتماعي والعدالة هو كما ذكرنا سابقاً مفهوم السريان القانوني بالمعنى الضيق. وقد تبين بأن هذا المفهوم يطرح بالإضافة إلى المشاكل الخارجية التي تكمن في تحديد علاقته مع السريان القانوني والسريان الأخلاقي، مشاكل داخلية.[1] إن المشاكل الداخلية تنبثق من الدوران في دائرة مفرغة في تعريف السريان القانوني (البيضة أصل الدجاجة أم الدجاجة أصل البيضة). فالسريان القانوني يقول بأن قاعدة ما تسري قانوناً عندما تصدر عن الهيئة المختصة بذلك، وفي الحالات المحددة لذلك بحيث لا تتعارض مع القانون الأسمى مرتبة، وبإختصار عندما تسن القاعدة وفقاً للأصول. إن مفهوم الهيئة المختصة، ومفهوم إصدار القاعدة القانونية قي الحالة المحددة لذلك، ومفهوم القانون الأسمى تشترط مفهوم السريان القانوني كما بينا. فيمكن القول بوجود هيئة مختصة، وبوجود حالات محددة قانوناً لإصدار القواعد، وبوجود قانون أسمى يسري قانوناً، فقط في ظل وجود قاعدة قانونية سارية المفعول. وإلا لما كان الأمر يتعلق بمفهوم السريان القانوني بالمعنى الضيق.

إن الأداة الهامة لحل المشكلة المتضمنة في مفهوم السريان القانوني بالمعنى

---

(1) قارن أعلاه ص 138 وما بعدها

الضيق والمتجسدة بالدوران في حلقة فارغة هو القاعدة الأساسية. ويمكن ودون المس بالإمكانيات المتعددة للتمييز أن نميز هنا بين ثلاثة أنواع من القواعد الأساسية: القاعدة الأساسية التحليلية، والقاعدة الأساسية المعيارية، والقاعدة الأساسية التجريبية. إن أهم شكل للقاعدة الأساسية التحليلية نجده عند الأستاذ هانس كلسن، وأهم شكل للقاعدة الأساسية المعيارية نجده عند الفيلسوف إيمانويل كانت، وأهم شكل للقاعدة الأساسية التجريبية نجده عند الأستاذ هيربرت هارت.

المبحث الأول
القاعدة الأساسية التحليلية (كلسن)
Die analytische Grundnorm (Kelsen)

المطلب الأول
مفهوم القاعدة الأساسية
Der Begriff der Grundnorm

القاعدة الأساسية هي قاعدة يؤسس عليها سريان ونفاذ كل قواعد النظام القانوني ما عداها هي. وللوصول إلى القاعدة الأساسية نحتاج فقط أن نسأل عدة مرات "**لماذا**"؟ يقارن كلسن بين أمر عضو في عصابة بتسليم مبلغ من المال له، وبين أمر جابي الضرائب بدفع نفس المبلغ من المال.[1] **لماذا** يعتبر أمر جابي الضرائب قاعدة

(1) كلسن Kelsen، س 1960، ص 8

منفردة [1] سارية قانوناً على شكل تصرف إداري، في حين أن أمر عضو العصابة لا يعتبر كذلك؟ الجواب هو أن جابي الضرائب يستند في فعله على الصلاحية القانونية الممنوحة له، بينما لا ينطبق هذا على عضو العصابة. ولكن **لماذا** تسري القوانين التي يستند إليها جابي الضرائب؟ الجواب لأن الدستور يمنح صلاحية للمشرع بأن يصدر مثل هذه القوانين. ولكن **لماذا** يسري الدستور؟ يمكننا هنا أن نجيب بأن الدستور يسري لأنه يحوز في الواقع التأثير الإجتماعي والقانوني وهذه يرتبط بالادعاء بأننا وصلنا إلى نقطة النهاية، وليس هناك ما نقوله بعد. فإذا إفترضنا أن هذا صحيحاً فستكون القواعد الدستورية التي تعطي الصلاحية بالتشريع هي القاعدة الأساسية بكل تعقيداتها.

والمشكلة في هذا الجواب هو أنه ينطوي على الإنتقال من ما هو كائن "Sein" إلى ما يجب أن يكون "Sollen". فما هو كائن يتكون من الشرعية الشكلية الواقعية والتأثير الإجتماعي للدستور والذي يمكن تجسيده بالعبارة التالية:

(2) الدستور "د" موضوع (مسنون) واقعياً ومؤثر إجتماعياً. [2]

ما يجب أن يكون هو السريان القانوني للدستور والذي يمكن أن يجسد بالعبارة التالية:

---

(1) للإطلاع على مفهوم القاعدة المنفردة، أنظر ألكسي Alexy، س 1985، ص 73

(2) إن السبب في الترقيم المتتالي لهذه سيتضح لاحقاً عندما يتم جمع عناصر القاعدة الأساسية القياسية بجميع مكوناتها.

(3–أ) يسري الدستور "د" قانونياً

فهذه الجملة تعبر عما يجب أن يكون لأنها تنطوي ضمناً [1] على معنى الجملة التالية:

(3) يجب قانونا العمل بمقتضى الدستور

لا يترتب منطقياً مما هو كائن ما يجب أن يكون[2]، وعلى نحو أدق لا يترتب منطقياً على مجرد الجمل التجريبية المرغوبة أي جملة معيارية واحدة.[3] فلكي نحصل من الجملة (2) على الجملة (3) أو على الجملة (3–أ) المذكورتين أعلاه لا بد لذلك

---

(1) قارن كلسن Kelsen، س 1960، ص 196

(2) من المؤكد أن الأمر يتعلق هنا بالإستدلال المنطقي، أن تعبير "تبع أو نتج أو ترتب folgen" يستخدم غالباً ولو بشكل غير دقيق، للقول بأن شيء ما هو سبب منطقي لشيء أخر. ومن الطبيعي أن تكون الجمل العملية أسباباً مفهومية للجمل المعيارية. ولكن يشترط دائماً مقدمة قياسية معيارية تجعلها أسباباً وجيهة.

(3) المسلمة التي تقول بأنه "مما هو كائن لا ينتج ما يجب أن يكون" تعزى إلى هيوم Hume، ولذلك تسمى أيضا قاعدة أو قانون هيوم. قارن هيوم Hume، س 1888، ص 469، حيث كتب:
"I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary ways of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given; for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it"
وللاطلاع على المسائل المفهومية المتعلقة بمشكلة ما هو كائن وما يجب أن يكون أنظر شتولمان لايتسس Stuhlman-laeisz، س 1983

من مقدمة* إضافية. هذه المقدمة الضرورية هي القاعدة الأساسية. هذه القاعدة الأساسية يمكن أن تصاغ بحيث تسمح بالعبور من الجملة (2) إلى (3-أ) - إذ أن الجملة (3) تستخلص من الجملة (3-أ) - بحيث تؤدي مباشرة إلى الجملة (3). وفي الجملة التالية نأخذ بعين الإعتبار كلا الجملتين:

(1) إذا كان الدستور موضوعاً واقعياً ومؤثراً اجتماعياً فيجب قانوناً العمل وفقاً لهذا الدستور.

وبناءاً على ما تقدم يمكن تلخيص الجمل (1) و(2) و(3) بشكل قاعدة أساسية قياسية على النحو التالي:

(1) إذا كان الدستور موضوعاً واقعياً ومؤثراً اجتماعياً فيجب قانوناً 'لعمل وفقاً لهذا الدستور.

(2) الدستور "د" موضوع (مسنون) واقعياً ومؤثر إجتماعياً.

(3) يجب قانوناً العمل بمقتضى الدستور[1]

---

* المقصود بالمقدمة هنا مقدمة قياس، والقياس تدليل مكون من ثلاثة عناصر هي المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى والنتيجة، وهذه النتيجة تترتب عن الحقيقة أو الحقائق المسلم بها في المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى، مثال: الإنسان حيوان عاقل، سقراط إنسان، إذن سقراط حيوان عاقل– المعرب.

(1) قارن كلسن Kelsen، س 1960، ص 219. وتختلف القاعدة الأساسية القياسية التي قال بها الأستاذ كلسن عن القاعدة المذكورة هنا في أربع نقاط. ثلاثة منها بسيطة وواحدة منها على قدر من الأهمية. الفارق البسيط الأول أن الأستاذ كلسن يصيغ القاعدة الأساسية بعبارة قاطعة: "يجب العمل طبقاً للدستور الموضوع في الواقع والمكتسب التأثير الإجتماعي أو الفاعلية ". وهذه الجملة تركت دون أدنى تغيير في مضمونها في المثل المفترض المشار اليه في المتن (1) والتي صيغت على شكل جملة شرطية.... »

من النادر أن نجد فكرة في مجال النظريات والأفكار القانونية أدت إلى الإختلاف في وجهات النظر كتلك التي أدت إليها فكرة القاعدة الأساسية. ويتركز الإختلاف بشأن القاعدة الأساسية في النقاط الأربعة التالية: الضرورة والإمكانية ومضمون أو جوهر القاعدة الأساسية ووضع (وظائف وحالات) القاعدة الأساسية.

المطلب الثاني
ضرورة القاعدة الأساسية
Die Notwendigkeit einer Grundnorm

اعترض الأستاذ هارت على ضرورة القاعدة الأساسية، على إعتبار أنها تقود إلى إزدواج لا طائل تحته قائلاً: "إذا كان تحديد الدستور للمصادر المختلفة للقانون واقع معاش، بمعنى أن محاكم الدولة وموظفيها يحددون القانون في الواقع إستناداً إلى المعيار الذي ينص عليه، ومن ثم يتم قبول الدستور والعمل به. ويكون من قبيل التكرر الذي لا طائل تحته إقتراح وجود قاعدة إضافية أبعد من أجل إحداث النتيجة

... » الفارق البسيط الثاني يكمن في أن نتيجة القاعدة الأساسية القياسية (3) عند الأستاذ هانس كلسن لا تشير الى الدستور فحسب، بل إلى النظام القانوني بمجمله. ويذهب الأستاذ كلسن خطوة أبعد ليست على قدر كبير من الأهمية، ولكن يمكن أن تتحقق هنا بدون أي مشكلة هنا. الفارق الثالث البسيط هو أن الأستاذ كلسن لا يصيغ العبارتين (1) و (3) بعبارات آمرة (geboten) بل يكتفي بعبارات الإقتضاء (Sollen). وأما الفارق الهام فيكمن في أن الأستاذ كلسن يتحدث فقط عن الإقتضاء الشخصي "يفترض من الشخص أن ...man soll" بينما الحديث هنا عن الواجب الملزم قانوناً القانوني "يجب قانوناً...rechtlich geboten". وسنعود الى هذه المسألة لاحقاً.

التي تقضي بأن الدستور (أو ذاك الذي يضعه) يجب أن يطاع."[1]

يستمد هذا الإعتراض قوته من خلال أنه لا يستهدف بالقاعدة الأساسية أمور مثل التعبير عن الإرادة وشرعية التصرفات، أو تدابير الضرورة والتي بالإستعانة بها يستدل على وجود دستور ساري قانوناً، بل تستمد بشكل مباشر من الواقع المؤسساتي للدستور المعمول به. وتبعا لذلك يمكن أن تصاغ الجملة التالية كمقدمة قياسية وحيدة لتبرير ما يجب إن يكون قانوناً:

(2-أ) المشتركون في نظام قانوني "م" يقبلون ويطبقون الدستور "د"

والسؤال الذي يرد فيما إذا كان ينتج عن الجملة الختامية للقاعدة الأساسية القياسية الجملة التالية:

(3) يجب قانوناً العمل وفق الدستور "د"

يكون الجواب بالإيجاب إذا فسرت الجملة (3) كما يلي:

(3-ب) انطلاقاً من وجهة نظر المشترك "م" في نظام قانوني يسري الأتي: يجب قانوناً العمل طبقاً للدستور "د"

إن الجملة (3-ب) تنتج من الجملة (2-أ)، لأن الحقيقة بأن المشتركين في نظام قانوني يقبلون بالدستور ويعملون به، تعني أنه من وجهة نظرهم يجب قانوناً العمل وفقاً للدستور. فهل من المحقق إذن أن القاعدة الأساسية زائدة؟ لقد كان الأستاذ ألف روس Alf Ross محقاً عندما قال:

---

(1) هارت Hart، س 1961، ص 246

"لكن القاعدة بحد ذاتها تبعاً لسياقها المباشر تفصح عما يجب على الأفراد فعله وبالتالي ماذا يعني القول بأن الأفراد يجب أن يفعلوا ما عليهم فعله!"[1]

فالقاعدة الأساسية إذن ليست زائدة. والأمر الحاسم هو أننا نستطيع الإنتقال من الجملة (2-أ) إلى الجملة (3-ب) دون الحاجة لوجود القاعدة الأساسية، ولكن الجملة (2-أ) تشترط بحد ذاتها القاعدة الأساسية. وحيث أن المشتركين في نظام قانوني يقبلون بالدستور ويعملون به تتطلب بأن يفسر كل فرد منهم الوقائع المحددة كونها وقائع خلقها الدستور، وبالتالي يمكن التعامل مع مجموعة معقدة جداً من الوقائع، والتي يمكن إختصارها في أمرين إثنين: الأول هو أن الجمعية التأسيسية أصدرت الدستور، والثاني هو أن المشتركين الآخرين في نظام قانوني يقبلون بالدستور ويعملون به. ولنأخذ الآن مشترك في نظام قانوني "ن" يقبل بالدستور "د" ويعمل به. ولنسأل هذا المشترك لماذا يسري الدستور "د" قانوناً، وهذا السؤال يعني كما يدل محتواه، لماذا يلزم قانوناً العمل وفقاً للدستور؟

يمكن للمشترك أن يحاول التهرب من السؤال بأن يدعي بأنه عديم الجدوى. وبذلك يمكنه أن يعتبر مع الأستاذ هارت أن قواعد الدستور التي تحدد القواعد القانونية السارية، والتي يسميها الأستاذ هارت بمجموعها قاعدة الإقرار : rule of recognition لا يمكن بالمثل أن يقال عنها أنها سارية قانوناً، على إعتبار أنها تشترط كأمر واقع وأن وجودها حقيقة واقعة a matter of fact.[2] ولكن هنا يرد

---

(1) روس Ross، س 1968، ص 156

(2) هارت Hart، س 1961، ص 107

إعتراض، إذ أن السؤال عن السريان القانوني للدستور ممكن ومألوف، ولكنه من غير المألوف وغير الصحيح أن يجيب القاضي عندما يسأل لماذا يطبق القانون بالقول: "أنا لا أطبق الدستور لأنه يسري قانوناً، بل أطبق الدستور فقط لأن زملائي القضاة وأنا نقبل به ونعمل بمقتضاه، وأن هذه مسألة واقع ولا يمكن القول أكثر من ذلك." وعليه يجب على المشترك في نظام قانوني أن لا يرفض السؤال عن السريان القانوني للدستور ويعتبره عديم الجدوى. يفترض أن يكون جوابه إذن:

(2–ب) إن الدستور (د) قد صدر من قبل الجمعية التأسيسية ويوافق عليه المشتركون الأخرون في النظام القانوني ويعملون به

فهذه الجملة ليست إلا تجسيداً واقعياً للمقدمة القياسية الثانية في القاعدة الأساسية القياسية التي قال بها الأستاذ هانس كلسن:

(2) الدستور "د" موضوع (مسنون) واقعياً ومؤثر إجتماعياً

ولا يمكن أن ينتج من هذه العبارة الجملة التالية:

(3–أ) الدستور "د" يسري قانوناً

ولا الجملة التالية:

(3) يجب قانوناً العمل وفق الدستور "د"

وللتوصل من الجملة (2) أو الجملة (2–ب) إلى الجملة (3–أ) أو (3) لا بد من وجود قاعدة أساسية كالقاعدة المنصوص عليها في الجملة (1). وإمكانية التوصل من الجملة (2) أو (2–ب) إلى الجملة (3–أ) أو (3) بدون قاعدة أساسية غير واردة تماماً مثل عدم إمكانية الوصول من الجملة التالية:

(4) يريد بيتر أن أعطيه مئة مارك

إلى الجملة الآتية:

(5) أنا ملزم أن أعطي بيتر مئة مارك

ففي الحالة الأولى يكون من الضروري وجود القاعدة الأساسية المذكورة لإمكانية التوصل من الجملة (2) أو الجملة (2-ب) إلى الجملة (3-أ) أو (3). وفي الحالة الثانية فإنه لا بد من وجود القاعدة التالية لإمكانية التوصل من الجملة (4) إلى الجملة (5):

(6) أنا ملزم أن أفعل ما يريده بيتر

وعليه فلا يمكن القول بان هناك تكرار عديم الجدوى عندما لا يعبر واضع القاعدة عن إرادته فحسب، بل يريد صراحة أن يسن قاعدة. ففي المثال السابق يفترض أن بيتر يتكلم انطلاقاً من سلطته علي، ودون أن يستند إلى القانون أو الأخلاق أو الإتفاقات الإجتماعية، بأن ألتزم قبله بأن أعطيه مئة مارك. فلا ينتج من مجرد الجملة التالية:

(4-أ) قال بيتر لي: أنت ملزم بإعطائي مئة مارك

الجملة الآتية:

(5) أنا ملزم بإعطاء بيتر مئة مارك

فلو أن الوضع بهذه الصورة السهلة، لأصبح بمقدور الكلمات وحدها أن ترتب الإلتزامات الذي نرغب بها على الأشخاص الذين نريد إلزامهم. والحقيقة أنه لا بد للتوصل من الجملة (4-أ) إلى الجملة (5) من وجود القاعدة التالية:

(6-أ) أن ملزم أن أفعل ما يقول بيتر بأني ملزم بفعله

وهذا في الحقيقة تكرار ولكنه ليس تكرار زائد لا طائل تحته.

بالنتيجة يجب التأكيد على مسلمتين: الأولى تقول بأن المشترك في نظام قانوني يجب أن يشترط قاعدة أساسية عندما يريد التحدث عن الدستور الذي يسري قانوناً أو يلزم قانوناً العمل بمقتضاه. والفرضية الثانية تقول بأن إذا كان يجب أن لا يلغى السؤال عن السريان القانوني بشكل تعسفي، فيجب أن يكون ممكناً كمشترك أن يقول بأن الدستور يسري قانوناً أو يلزم قانوناً العمل بمقتضاه، ما يستدعي وجود قاعدة أساسية.

المطلب الثالث

إمكانية القاعدة الأساسية

Die Moeglichkeit einer Grundnorm

يمكن لمناهضي القاعدة الأساسية ليس فقط أن يسوقوا الإدعاء الذي دحضناه أعلاه بأن القاعدة الأساسية زائدة لا حاجة لها، بل يمكنهم أيضاً أن يحتجوا بأن سريان القاعدة الأساسية أو وجودها غير ممكن. وعليه فقد اعترض الأستاذ دوركين على القاعدة الأساسية التي قال بها الأستاذ هارت rule of recognition بأن القانون لا يمكن أن يحدد على أساس قاعدة تستمد من الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي.[1] أن هذا الإعتراض يوافق الحجة المبدئية التي تناولناها فيما تقدم.[2]

---

(1) دوركين Dworkin، س 1984، ص 81 وما بعدها و111 وما بعدها

(2) قارن أعلاه ص 117 وما بعدها

وتبعا لذلك ينتمي إلى القانون مجموعة المعايير التي يجب أن تؤخذ بعين الإعتبار لتحقيق مبدأ مراعاة العدالة الذي يرتبط حكماً بالقانون. وهذه المعايير لا يمكن أن تحدد في الواقع بشكل كامل بالإستناد إلى قاعدة تستمد من الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي.

وبذلك فإن الحجة المبدئية لا تزيل إمكانية القاعدة الأساسية. بل تظهر فقط بأن القاعدة الأساسية التي تستمد من الواقع العملي القائم فحسب (أي من الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي) لا يمكن أن تحدد القانون بشكل تام. إن ما يمكن أن تقوم القاعدة الأساسية بتحديده هو القانون المكتسب الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي. ولذلك لا بد من بيان أن الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي يُكّونان مع بعضهما البعض شرطاً كافياً للقول بتبعية قاعدة ما إلى القانون، ولكنه ليس شرطاً ضرورياً. فبالإستناد إلى الحجة المبدئية لا تسري العبارة التالية:

(1) ينتمي إلى القانون كل ما هو وفقط كل ما هو مكتسب الشرعية الشكلية (مسنون طبقاً للقانون) والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية .

ولكن تسري العبارة المخففة التالية:

(2) ينتمي إلى القانون كل ما هو مكتسب الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي.

وسيتبين لنا لاحقا أن هذه الجملة تحتاج لشيء من التخفيف لكي تعطي حجة الظلم حق قدرها.[1] في نطاق الجملة الثانية (2) فإن القاعدة الأساسية ليس

(1) قارن أعلاه ص 77 وما بعدها

ممكنة فحسب بل ضرورية لكي يمكن تحقيق الإنتقال من الوقائع القائمة عملياً إلى السريان القانوني. إن العيب الذي يعتور القاعدة الأساسية المقيدة بالقانون الذي يكتسب الشرعية الشكلية والتأثير القانوني يكمن في أنها ليست معياراً تحديداً سامياً كاملاً للقانون. وهذا الأمر يمكن أن يسقطها، ولكن ليس بالمعنى الكامل، بل بالمعنى الجزئي. ولهذه الغاية يجب إضافة بند يأخذ بالحسبان الحجة المبدئية وحجة الظلم. وما يهمنا في هذا المقام الحجة المبدئية، فإذا ألحقنا نتيجة هذه الحجة في القاعدة الأساسية، تكون لدينا قاعدة أساسية غير وضعية وفق الصيغة التالية:

إذا كان الدستور موضوعاً واقعياً ومؤثراً اجتماعياً، فيجب قانوناً إذن العمل بمقتضى هذا الدستور بما يوافق مبدأ مراعاة العدالة.

وهذه الصيغة تبين بأن القاعدة الأساسية غير الوضعية تصلح فقط لتعيين القانون على وجه محدود. إن البند الأخير الذي ورد في العبارة السابقة: "**بما يوافق مبدأ مراعاة العدالة**" تحيلنا إلى المعايير الأخلاقية دون أن تذكرها ودون أن تحدد لنا ضابطاً، يمكن بالإستعانة به تحديدها بشكل واضح. وهذا أمر لا مفر منه. ويمكن القبول به فقط، لأن هناك أصول وقواعد للمنهج القانوني، تحول دون أن يتحول هذا إلى تعسف.(1) وهذه الأصول تحول بشكل خاص دون إمكانية طغيان الأهواء عند فحص القواعد القانونية المكتسبة الشكلية الشرعية والتأثير استناداً إلى مبدأ مراعاة العدالة.(2) وعليه فمن الضروري إعمال هذه الأصول على إعتبار إن مبدأ الثقة بالقانون هو عنصر جوهري لمبدأ مراعاة العدالة.

---

(1) قارن ألكسي Alexy، س 1991a، ص 273 وما بعدها

(2) المرجع السابق، ص 305

المطلب الرابع

مضمون القاعدة الأساسية

Der Inhalt der Grundnorm

طبقاً لنظرية الأستاذ كلسن فإن القاعدة الأساسية حيادية تماماً في جوهرها ومضمونها حيث يقول: "ما هو مضمون هذا الدستور ومضمون النظام القانوني للدولة التي تم الوصول إليه على أساس قواعد الدستور، وما إذا كانت هذه القواعد عادلة أو غير عادلة، وفيما إذا كان يكفل هذا النظام القانوني واقعياً حالة سلمية نسبية داخل المجتمع الذي المؤسس بموجبه مسألة لا تؤخذ بعين الإعتبار، موضوع غير ذي أهمية. فلا تشترط القاعدة الأساسية قيمة سامية للقانون الوضعي"[1] "ومن هنا فأي محتوى تشاء يمكن أن يكون قانونا"[2]

هذا يخالف حجة الظلم التي بمقتضاها يفترض أن لا تحوز القاعدة القانونية الممعنة في الظلم الطابع القانوني،[3] لا يسقط فكرة القاعدة الأساسية. ويمكننا أن نضيف بنداً إلى صيغة القاعدة الأساسية يأخذ بالحسبان حجة الظلم. إن الصيغة التي تتوافق مع حجة الظلم والحجة المبدئية يفترض أن تنص على ما يلي:
عندما يكون الدستور مكتسب الشرعية الشكلية واقعياً ومؤثراً اجتماعياً، وعندما تكون قواعد هذا الدستور غير ظالمة ظلماً صارخاً، عندها يجب قانوناً إذن العمل

---

(1) كلسن Kelsen، س 1960، ص 204

(2) „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein" المرجع السابق، ص 201

(3) قارن أعلاه، ص 77 وما بعدها

بمقتضى هذا الدستور بما يوافق مبدأ مراعاة العدالة.

هذه الصيغة تتحدث فقط عن الدستور. وأما القواعد الموضوعة طبقاً للدستور فستعالج عند تعريف القانون.

المطلب الخامس

وظائف وحالات القاعدة الأساسية

Status und Aufgaben der Grundnorm

أولا: الوظائف Aufgaben

إن تحديد حالات القاعدة الأساسية يبدو صعباً حيث أنه يجب أن تحقق ثلاث وظائف مختلفة تماماً.

1- الوظيفة التحويلية Kategorientransformation

الوظيفة الأولى للقاعدة الأساسية تكمن في أنها يجب أن تتيح الإنتقال من ما هو كائن (Sein) إلى ما يجب أن يكون (Sollen). إن ما هو كائن (Sein) وما يجب أن يكون (Sollen) صنفان من نوع مختلف تماماً. فالوظيفة الأولى للقاعدة الأساسية يمكن أن يشار إليها بالوظيفة التحويلية Kategorientransformation.[1] ومن خلال ذلك تتحول وقائع معينة إلى وقائع قانونية مستحدثة وتتحقق خطوة في عالم القانون.

---

(1) قارن أرانيو و ألكسي وبتسينيكا Aaranio / Alexy / Peczenik، س 1983، ص 19 وما بعدها وأنظر بتسينيكا Peczenik، س 1983، ص23

2- الوظيفة التحديدية Kriterienfestlegung

إن نقلة في عالم القانون لا يمكن أن تتحقق عندما تسمح القاعدة الأساسية أن تعتبر وقائع مرغوبة، أي كل تعبير عن الإرادة، وقائع قانونية محدثة. ولذلك تؤدي القاعدة الأساسية وظيفة ثانية. فيجب أن تحدد أي الوقائع يجب أن تعتبر وقائع قانونية محدثة، أي ما هي الوقائع التي يجب أن تحدث وتنظم قانوناً. وفي هذا السياق فأنها تحدد معياراً لما هو القانون. لذلك أطلقنا على هذه الوظيفة للقاعدة القانونية بالوظيفة التحديدية (تحديد معايير Kriterienfestlegung). أن المعيار الذي يحدده كلسن كما تبين هو دستور مكتسب الشرعية واقعياً ومؤثر إجمالاً.[1] البديل الأخر عنده هو أول دستور دولة في التاريخ.[2] إن معايير من هذا النوع تنطوي على إحالة. فهذه المعايير تقول بأن المعايير لما يعتبر قانون هي معايير الدستور. ويستطيع الأستاذ كلسن أن يصيغ قاعدته الأساسية بحيث تكون بسيطة أولاً وتنطبق على كل الأنظمة القانونية المتطورة ثانياً. وبخلاف ذلك نجد أن القاعدة الأساسية التي قال بها الأستاذ هارت: قاعدة الإقرار rule of recognition تحدد بقواعد الدستور التي تنص على ما هو قانون. إن القاعدة الأساسية التي قال بها الأستاذ هارت تبدو بذلك معقدة جداً وتنطبق فقط على النظام القانوني المعني. وبشكل عام يرى الأستاذ هارت بأن كل الأنظمة القانونية المتطورة يجب أن تحتوي قاعدة أساسية من هذا النوع. والمعيار سواء الذي قال به هارت أو الذي قال به كلسن هو معيار وضعي. وكما أوضحنا أعلاه فإن حجة الظلم تؤيد تقييد المعيار الوضعي كما تؤيد الحجة

(1) كلسن Kelsen، س 1960، ص 219

(2) المرجع السابق، ص 203

المبدئية تكميله.

3- الوظيفة التوحيدية Einheitsstiftung

الوظيفة الثالثة للقاعدة الأساسية هي أنها مؤسسة توحيدية. في هذا يقول الأستاذ كلسن:

"إن كل القواعد القانونية التي يرجع سريانها إلى قاعدة أساسية بذاتها، تشكل نظاماً من القواعد، وتؤلف نظاماً معيارياً. إن القاعدة الأساسية هي المصدر المشترك لسريان كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى النظام القانوني ذاته. إنها السبب المشترك لسريانها. وللقول بأن قاعدة معينة تنتمي إلى نظام معين يعتمد على أن السبب الأخير لسريانها يكمن في القاعدة الأساسية في هذا النظام. هذه القاعدة الأساسية هي التي تقيم وحدة بين مجموعة قواعد النظام المختلفة، وتكون سبباً لسريان كل القواعد التي تنتمي إلى هذا النظام."[2]

وهنا يمكن ملاحظة مسألة بأن القواعد الأساسية للأنظمة القانونية المتطورة متماثلة في مضمونها وشكلها. فهل هي نفس القاعدة الأساسية التي تتسبب في وحدة الأنظمة القانونية المختلفة؟ وكيف يكون هذا ممكناً؟ أو أنه الدستور الذي يقود لهذه الوحدة؟ هذه الأسئلة تبقى موضع إستفهام.

ثانيا: الحالات Status

إن مشكلة حالة القاعدة الأساسية تتعلق بشكل أساسي بالوظيفة الأولى للقاعدة القانونية نعني الوظيفة التحويلية. فالقاعدة الأساسية كقاعدة يقوم عليها

سريان كل القانون الوضعي لا يمكن أن تكون بدورها قاعدة قانون وضعي.[34) فمن أي نوع هي إذن ؟

يمكن أن يقال بأنها مجرد قاعدة غير وضعية، وبالتالي وبوصفها هذا على أنها قاعدة غير وضعية يفترض أن تكون قاعدة طبيعية أو منطقية. وهذا ما يرفضه الأستاذ كلسن بإصرار.[1] إذن من أي نوع هي إذا لم تكن قاعدة وضعية و لم تكن قاعدة غير وضعية أي قاعدة طبيعية أو منطقية؟

وهذا ليس بسؤال سهل. ويمكن ادراك صعوبته ليس فقط من الشروحات القانونية المستفيضة، بل ومن أن الأستاذ كلسن قد ساوره الشك في أواخر حياته حول ذلك.[2] والجواب الأهم يمكن العثور عليه في الطبعة الثانية من كتابه علم القانون الصرف Reine Rechtslehre التي ظهرت عام 1960. حيث أنه حدد حالة القاعدة الأساسية فيه من خلال أربع صفات هي:

1– القاعدة الأساسية شرط ضروري Notwendige Voraussetzung

الصفة الأولى تكمن في أن القاعدة الأساسية يجب أن تكون شرطاً ضرورياً عند الحديث عن السريان القانوني أو عند الحديث عما يجب أن يكون قانوناً.[3] لقد تبين بشكل واضح عند شرح مفهوم القاعدة الأساسية، بأن هذه الفرضية صحيحة على إعتبار أن القاعدة الأساسية كيفما كانت يجب أن تُشترط عندما نريد الإنتقال

---

(1) المرجع السابق، ص 223 وما بعدها

(2) كلسن Kelsen، س 1964a، ص 119 وما بعدها

(3) كلسن Kelsen، س 1960، ص 204

من نطاق ما هو موجود ومؤثر إجتماعياً إلى نطاق ما يسري قانوناً أو ما يجب أن يكون قانوناً. لقد تبين لنا عند شرح إمكانية وجود القاعدة الأساسية ومضمونها بأن هذه القاعدة الأساسية يجب أن تحتوي على عناصر القاعدة الأساسية كما حددها الأستاذ كلسن، على أن يجري تكميلها بالعناصر المستمدة من القانون الطبيعي.

لقد حدد الأستاذ هانس كلسن القاعدة الأساسية، لأنها شرط أساسي لإمكانية معرفة السريان القانوني وما يجب أن يكون، مستعيناً بمصطلح الفيلسوف كانت Kant بأنها "شرط منطقي سامي" transzendental-logische Voraussetzung للمعرفة القانونية.[1] وهذه الوصف صحيح، على إعتبار أن كانت يعني بمصطلح "السامي" transzendental ما هو ضروري لجعل المعرفة التجريبية ممكنة. ولذلك هناك فرق هام بين مصطلح السامي عند كل من كانت وكلسن. هذا الفرق يتبين في الصفة الثانية للقاعدة الأساسية.

2- القاعدة الأساسية شرط احتمالي Moegliche Voraussetzung

الصفة الثانية للقاعدة الأساسية تكمن في أنها يجب أن تشترط على وجه حتمي إذا أردنا أن نعني بالقانون نظاماً لما يجب أن يكون، على أن هذا المعنى هو مجرد معنى محتمل.[2] إذن هو أمر محتمل كما تبين النظريات القانونية الإجتماعية

---

(1) قارن كانت Kant، س 1903، ص 373: "فكلمة علو أو سمو transscendental لا تعني شيئاً فوق الخبرة، بل شيئاً يسبقها، تكون محددة لجعل المعرفة العملية ممكنة فقط". وللإطلاع على نبذة من فلسفة كانت أنظر ملحق هذا الكتاب.

(2) كلسن Kelsen، س 1960، ص 218 و224 و443

والنفسية، ولو أنه ولغايات كثيرة من غير المجدي،[1] وصف القانون أو تفسيره بأنه علاقة تأثير إجتماعية أو نفسية أو علاقة تأثير إجتماعية نفسية.[2] وقد ذكر الأستاذ كلسن ذلك عندما لاحظ إحتمال اتخاذ التفسير الإجتماعي بديلاً للتفسير القانوني الذي يرى في القانون نظام من علاقات القوة.[3] ولذلك يمكن القول أن القاعدة الأساسية تشترط على أنها مجرد ضرورة محتملة أو مجرد ضرورة مفترضة.

وهذا الأمر ينطوي على نتائج بالنسبة للطابع العلوي السامي للقاعدة القانونية الأساسية.[4] ففي مجال الخبرة العملية لا يوجد عند الفيلسوف كانت بديلاً على سبيل المثال لأشكال إدراك المكان والزمان. فالمعرفة العملية ممكنة فقط في نطاق الزمان والمكان.[5] وبالمقابل فإن معرفة الظاهرة القانونية ممكنة مبدئياً دون استعمال مجال ما يجب أن يكون. ولكن هذه لا تزيل الطابع السامي لحجة الأستاذ كلسن كلياً. فيمكن أن يوضح بأنه لا ضرورة حتمية للقاعدة الأساسية وبالتالي لمجال ما يجب أن يكون، ولكنها ضرورة مشترطة. إن وجهة النظر القانونية أو وجهة نظر

---

(1) على أن معنى القانون كنظام للواقع المجرد غير مستحسن بالنسبة لعلم الإجتماع القانوني، أنظر روتلويتنر Rottleutner، س 1981، ص 31 وما بعدها و 91 وما بعدها

(2) قارن دراير Dreier، س 1979، ص 95

(3) كلسن Kelsen، س 1960، ص 224

(4) قارن باولسن Paulson، س 1990، س 173

(5) كانت Kant، س 1781، ص 24، س 1787، ص 38، "المكان هو تصور ضروري مسبق هو أساس كل المدركات الخارجية" والزمان تصور ضروري فهو أساس كل المدركات"

المشترك في نظام قانوني تتحدد من خلال أن القانون يعني بالنسبة له نظاماً من القواعد السارية أو من القواعد كما يجب أن تكون. ويمكن عندها رفض الإشتراك في لعبة القانون ليس في التعامل بل بالتفكير. ولكن إذا دخلنا في هذه اللعبة وقدمت أسباب جيدة لذلك على الأقل على الصعيد العملي، عندها لن يكون بد من فئة ما يجب أن يكون وبالتالي للقاعدة الأساسية. وعلى هذا يمكن الإشارة إلى حجة الأستاذ كلسن بأنها حجة سامية ضعيفة schwaches transzendentales Argument. أنها تظهر أن القاعدة الأساسية (غير الحتمية) التي تدخل في نطاق ما يجب أن يكون هي المدخل إلى عالم القانون.

3- القاعدة الأساسية قاعدة تصورية Gedachte Normen

الصفة الثالثة للقاعدة الأساسية بالشكل الذي قدمه الأستاذ كلسن، هي أن هذه القاعدة يفترض أن تكون مجرد قاعدة تصورية.[1] ويجب أن تكون كذلك لأنها كقاعدة مطلوبة يجب أن تشترط قاعدة غيرها تنقل محتوى قاعدة يراد أن تكون إلى محتوى قاعدة يجب أن تكون، على إعتبار أنه لا ينتج عن مجرد الإرادة الوجوب Wollen folgt kein Sollen. وإلا لما كانت القاعدة الأساسية قاعدة أساسية.

إن الصفتين الأولى والثانية للقاعدة الأساسية يمكن أن تقبلا. على أن المشاكل تبدأ هنا ومع هذه الصفة. المشكلة الأولى هي مشكلة مفهوم القاعدة التصورية. فالأستاذ كلسن تراجع في أعماله اللاحقة[2] عن فرضية أن القاعدة

(1) كلسن Kelsen، س 1960، ص 206

(2) المرجع السابق، ص 206

القانونية هي مجرد مضمون عمل فكري Inhalt eines Denkaktes.[1] لا يوجد "وجوب (ما يجب أن يكون) بدون إرادة (ما يراد أن يكون)" kein Sollen ohne ein Wollen.[2] وعليه يجب أن يفكر مع القاعدة الأساسية التصورية أيضا بسلطة وهمية، ينطوي فعلها الإرادي – المختلق – على معنى القاعدة الأساسية.[3] وقد أشار الأستاذ كلسن بنفسه إلى هذا التصور بأنه في غاية التناقض، على إعتبار أن السلطة العليا وفقا لهذا التصور تمنح الصلاحية بواسطة سلطة – ولو كانت وهمية – أعلى.[4] وهذا يعني أن السلطة العليا ليست سلطة عليا. وهذا يفترض وجوب تصور القاعدة الأساسية الأعلى التي تمنح الصلاحية للسلطة الوهمية لوضع القاعدة الأساسية، ما يشترط أولاً أن تأخذ القاعدة الأساسية الأصلية طابعها كقاعدة أساسية، وثانيا ولأن القاعدة الأساسية الأعلى يمكن أن تكون مجرد مضمون فعل إرادي، أن تكون السلطة الوهمية الأعلى التي تعطي الصلاحية للقاعدة الأساسية الوهمية الأعلى لانهائية. والحقيقة أن فرضية الأستاذ كلسن بان الأمر يتعلق بإفتراض حقيقي وأن مثل هذا الذي أشير إليه بأنه متناقض[5] مع ذاته لم يحل المشكلة.

إن الحل يمكن أن يوجد إذا افترضنا إن كل وجوب يجب أن يستند إلى

---

(1) كلسن Kelsen، 1964a، ص 119 "إن نظريتي حول القاعدة الأساسية شرحتها لا بوصفها قاعدة تنطوي على معنى الفعل الإرادي بل كونها تشترط في التفكير. الآن يجب أن أعترف لكم بأنني لم أعد أستطيع المحافظة على هذه النظرية بحيث يجب علي أن أتخلى عن هذه النظرية"

(2) كلسن Kelsen، س 1964b، ص 74

(3) المرجع السابق، ص 70

(4) كلسن Kelsen، س 1979، ص 207

(5) المرجع السابق 206

إرادة. وهناك أسباب وجيهة تؤيد ذلك. فالوجوب يرتبط في أغلب الأحوال بالإرادة ولكن يوجد وجوب بدون إرادة. فالوجوب يرتبط في أغلب الأحيان بالإرادة ولكن هناك وجوب بدون إرادة. إذن يمكننا وبالإستناد إلى إعتبارات العدالة والأنصاف أن نعتمد الرأي بأنه يُلزم أخلاقياً، إن لا يُتَهرب من الضرائب، ولكن بنفس الوقت تتجه الإرادة بإستمرار إلى دفع المكلف للتهرب من الضرائب، وتفرض عليه أن يتصرف بخلاف إرادته والعمل وفقاً لما تفرضه الأخلاق. فمعرفة الوجوب ليس مرتبطا بالضرورة لا بفعل إرادي داخلي ولا بفعل إرادي خارجي.[1] فإذا صح هذا فلا يثير التصور بأن القاعدة الأساسية مجرد قاعدة تصورية صعوبات.

المشكلة الثانية تكمن في الطابع المعياري أو الآمر للقاعدة الأساسية التصورية. يعبر الأستاذ هانس كلسن عن القاعدة الأساسية الفكرية بالقول أنها تقول لنا ما يقتضي فعله: "علينا أن نتصرف بالشكل الذي يفرضه الدستور Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt".[1] وهذا جانب من المشكلة. الجانب الأخر يتجلى بأن علم القانون بحسب كلسن لا يأمر بشيء، عندما يعرف القانون على أساس القاعدة الأساسية بالقول: "إن القاعدة الأساسية لا تأمر بوجوب إطاعة أوامر المشرع الدستوري Sie schreibt nicht vor, dass man den Befehlen des Verfassungsgebers gehorchen soll".[2] كيف يكون ممكناً

---

(1) أساس هذه الفرضية تشكل مفهوم القاعدة الدلالي، قارن ألكسي Alexy، س 1985، ص 42 وما بعدها.

(2) كلسن Kelsen، س 1960، ص 204

بأن يشترط رجل القانون بشكل حتمي من جهة أن يتصرف الناس كما ينص الدستور، وبالتالي كما ينص القانون عند صياغة نص حول ما يلزم قانوناً، ومن جهة ثانية لا يفرض أن يتصرف الناس كما ينص الدستور، وبالتالي كما ينص القانون عند صياغة نص مماثل؟ إن الحل يكمن في مفهوم الإلزام. يلزم شخص (أ) شخصاً أخر (ب) بأن يفعل (ب) شيئاً عندما يطلبه (أ) منه. وفقاً لوجهة نظر الأستاذ كلسن لا يتطلب رجل القانون بصفته هذه من أي شخص أن يتصرف طبقاً للدستور، وبالتالي طبقاً للقانون. يستطيع بوصفه رجل قانون أن يطلعنا على الواجب القانوني، ويطلب منا كبشر وانطلاقاً من أسباب أخلاقية أن نمتثل له كي لا نتحمل العواقب. وهذا يقود إلى الطابع الإفتراضي أو النسبي للقوة الملزمة للقانون. فرجل القانون الذي يقدم مشورة حول الواجب القانوني، لا يقول "يجب أن تقوم بالفعل (ف)"، بل الأرجح أن تنص مشورته: "إذا كنت تريد أن تلتزم حكم القانون، فعليك أن تقوم بالفعل (ف)"، ولكي يمكن قول ذلك وفقط لكي يمكن قول ذلك تكون القاعدة الأساسية التي قال بها الأستاذ كلسن والتي تنص بأن "علينا أن نتصرف طبقاً لما يفرضه الدستور" ضرورية. ولذلك فرجل القانون لا يصدر أمر في الواقع. فقرار إتخاذ موقف من القانون والتقيد بحكمه يترك لتقديرات المخاطب بأحكام القانون. وقبل كل شيء فإنه ليس إلزامياً إتخاذ موقف موافقاً للقانون، فقد يتخذ موقفاً مختلفاً تماماً عن حكم القانون. إن الواجب القانوني يوجد فقط بالنسبة للأشخاص للذين يشتركون لأي سبب من الأسباب في لعبة القانون. وبالنسبة للذين

---

(1) المرجع السابق، ص 208

لا يمتثلون لحكم القانون يوجد فقط خطر تعرضهم للأفعال القهرية. فالقانون من هذه الناحية لا يلزم بشيء. فلا مجال للتساؤل إذن فيما إذا كان هذا التفسير ممكناً. التساؤل هو فيما إذا كان هذا التفسير ملائماً.

إن الطابع الإفتراضي والنسبي للقوة الملزمة للقانون يتجلى في عبارات الأستاذ كلسن على نحو غير كامل. فيفترض أن تفصح النتيجة في القاعدة القانونية القياسية عند كلسن على أنه يجب أن نتصرف بطريقة معينة.[1] هذا يعطي الإنطباع بأن القاعدة الأساسية تقود إلى إلتزام قطعي مستقل عن المواقف، مما يقود إلى خطأ في التفسير، بأن كلسن أسس قاعدته الأساسية على واجب عام بإتباع القواعد القانونية. ولذلك يجب الحديث فيما يتعلق بالقاعدة الأساسية ليس عن الوجوب بل عن الوجوب القانوني. ومع ذلك فلا يزال السؤال وارداً، فيما إذا كان تفسير كلسن لهذا الوجوب مناسباً.

4- القاعدة الأساسية غير قابلة للتسبيب Begruendungsunfaehigkeit

الصفة الرابعة للقاعدة الأساسية تكمن في عدم إمكانية تسبيبها. يقول كلسن "لا يمكن السؤال بعد ذلك عن سبب سريانها Nach dem Grund ihrer Geltung (kann) nicht mehr gefragt werden".[2] وهذه الفرضية تبدو للوهلة الأولى منطقية. إن القاعدة الأساسية بهذه الصفة هي القاعدة العليا. فإذا أردنا أن نسببها، فإننا نحتاج إلى قاعدة أعلى منها. وهذا يعني أنها لم تعد القاعدة العليا، وبالتالي لم تعد

---

(1) المرجع السابق، ص 205

(2) كلسن Kelsen، س 1964b، ص 66 ، س 1960، ص 197

القاعدة الأساسية. وعند إعمال النظر ثانية يتبين لنا أنه من السهل أن ندحض هذه الحجة. فالقاعدة الأساسية تتعلق هنا بالقاعدة الأساسية للقانون. فالقاعدة الأساسية بوصفها قاعدة عليا للقانون لا يمكن في الواقع تسبيبها من خلال قاعدة قانونية أخرى. وهذا لا يمنع أن تسبب بالإستناد إلى وجهة نظر معيارية أو قواعد من نوع أخر مثل القواعد الأخلاقية أو الإعتبارات الغائية. ويمكن أن يعترض الأستاذ كلسن بأن هذه القواعد يفترض أن تكون هي القاعدة الأساسية للقانون أو أن هذه الإعتبارات يجب أن تجسد القاعدة الأساسية للقانون. ولكن هذا ليس ضرورياً في هذه الحال. ويمكن القول أن القاعدة الأساسية تحقق نقلة في عالم، وهناك أسباب أخلاقية وأسباب غير قانونية أخرى للقيام بهذه النقلة.

ولكي نبين بأن فرضية الأستاذ كلسن بأنه لا يمكن السؤال بعد ذلك عن سبب سريان القاعدة الأساسية،[1] ليست صحيحة نحتاج فقط للتساؤل لماذا يجب أن يقال عن النظام القانوني القهري المكتسب بالإجمال الفاعلية بأنه نظام قانوني. لقد كان الأستاذ كلسن محقاً عندما ذكر أنه يجب أن يقال عن النظام القهري المؤثر بالإجمال بأنه نظام قانوني، عندما يشترط القاعدة الأساسية بالشكل الذي طرحها. ولكن لماذا يجب أن يقال عن كل نظام قانوني مؤثر بالإجمال بأنه نظام قانوني؟ إن الإستناد إلى القاعدة الأساسية لا يكفي بحد ذاته للتسبيب هنا. إذا أن إشتراط القاعدة الأساسية يعني إعتبار كل نظام قهري مؤثر بالإجمال نظاماً قانونياً. وحيث أن إعتبار النظام قانونياً أو إشتراط القاعدة الأساسية وجهان لعملة واحدة، فلا يمكن

---

(1) كلسن Kelsen، س 1960، ص 197

بالتالي أن تستخدم الواحدة لتأسيس الأخرى.

وللرد على السؤال عن سبب وصف النظام القهري المؤثر بالإجمال بالنظام القانوني، أي الذي يفترض أن يشترط وجود القاعدة الأساسية التي قال بها كلسن يوجد أجوبة متباينة تماماً. فيمكن أن يقال أولاً أن هذه مسألة حكم كيفي Dezision ولكن هذا ليس تعليلاً. وقد يقال ثانياً هذا مفيد وعملي. فالأشخاص المنفردون أو الجماعة – كالدولة مثلاً – يمكنهم التركيز بشكل أفضل، والعمل بالتالي بشكل أكثر نجاحاً إذا أخذوا بهذا التفسير. هذا سبب جوهري ولكن يبقى السؤال فيما إذا كان القاعدة الأساسية التي قال بها كلسن هي أفضل الضوابط وأنجعها بين كل البدائل. ويمكن أن يقال ثالثاً بأن الأسباب الأخلاقية، كأن يقال مثلا أن وجود القاعدة الأساسية يحول دون وقوع حرب أهلية، تؤيد وجود القاعدة الأساسية. وهنا يطرح أيضاً سؤال حاسم فيما إذا كان التسبيب الأخلاقي الأفضل يؤدي حقاً إلى تبني القاعدة الأساسية وفقاً للشكل الذي قدمه كلسن. إن حجة الظلم التي شرحناها في معرض نقد المذهب القانون الوضعي أظهرت بأن هناك أسباباً أخلاقية وجيهة تؤيد القول بأن ليس كل ما هو موضوع – سنه االشارع – ومؤثر يحظى بالطابع القانوني، وأن الحجة المبدئية تقود إلى نتيجة مفادها بأن ليس القانون ما هو مؤثر وشرعي فحسب. وسنعود لدراسة الموضوع عند الحديث عن القاعدة الأساسية المعيارية التي قال بها الفيلسوف كانت. وقد يقال رابعاً بأن القاعدة الأساسية التي قال بها كلسن صاغت ما عليه الواقع القانوني دائماً. وهذه تعليل عملي مرفوض. وقد أقترب كلسن من هذا التعليل عندما قال بأن "القاعدة الأساسية تجسد فقط عن إدراك ما يفعله رجال القانون بدون إدراك غالباً Sie hebt nur ins

bewusstsein, was alle Juristen, zumeist unbewusst, tun. ولكنه ابتعد فوراً عن هذا التعليل عندما أضاف بأن: "عندما يفهمون القانون بوصفه قانون وضعي فحسب wenn sie das Recht ausschliesslich als positives Recht begreifen.[1] والحقيقة أنها مسألة عملية فيما إذا كان رجال القانون يفهمون القانون بوصفه قانون وضعي. ولكن هذه المسألة لم يتعرض لها الأستاذ كلسن. ولذلك فإن فرضيته أن "القاعدة الأساسية تجسد فقط عن إدراك ما يفعله رجال القانون بدون إدراك غالباً، عندما يفهمون القانون بوصفه قانون وضعي فحسب" ليس إدعاءً عملياً. إنها لا تتضمن إعادة بناء عملي للواقع القانوني ولكنها تجسد أو تحدد وجهة النظر القانونية الوضعية. ولا تبقى مسألة صحة وجهة النظر هذه فحسب معلقة. ولكن مسألة فيما إذا كان تصوره للواقع القانوني القائم حقيقة صحيحاً، مما لا يعنينا بحثه هنا.

وعليه يمكن إيجاز نظرية الأستاذ كلسن حول القاعدة الأساسية بما يلي: لقد كان كلسن محقاً عندما قال بأنه يجب إشتراط وجود قاعدة أساسية إذا أردنا الإنتقال من نطاق ما هو موضوع ومؤثر إلى نطاق ما هو ساري قانوناً أو ما يجب قانوناً. ولكن هذه القاعدة الأساسية يجب أن لا تنطوي على المضمون ذاته الذي شرحه كلسن. فيمكن أن تتضمن عناصر أخلاقية تأخذ بعين الإعتبار حجة الظلم. ثم أن كلسن كان محقاً أيضاً عندما قال بأنه يجب أن يشترط بالضرورة وجود القاعدة الأساسية إذا أردنا أن نعني بالقانون نظام لما يجب أن يكون، بحيث يمكننا تجاوز هذا

---

(1) المرجع السابق، ص 209

المعنى أيضاً. وعليه فالقاعدة الأساسية لها فقط طابع سامي إلى حد ما. وأخيرا فقد كان كلسن محقاً عندما قال أن القاعدة الأساسية هي مجرد قاعدة تصورية. وفي المقابل فأنه ليس صحيحاً إدعاء كلسن بأن القاعدة الأساسية غير قابلة للتسبيب. على العكس من ذلك، هي قابلة للتسبيب. وهذا يقودنا إلى دراسة القاعدة الأساسية التحليلية.

المبحث الثاني

القاعدة الأساسية المعيارية (كانت)

Die normative Grundnorm (Kant)

لم يتحدث كانت عن قاعدة أساسية، و لم يعطي لمثل هذه القاعدة كما هو الحال عند كلسن مركز الصدارة في فلسفته القانونية. ولكنه على كل حال عبر بشكل واضح عن فكرة القاعدة الأساسية بالقول:

"يمكن أيضاً أن يفكر بتقنيين ظاهري، ينطوي على قوانين وضعية خالصة، ولكن حينئذ يفترض بالطبع أن يتقدمه قانون طبيعي، يُنشأ سلطة المشرع (أي الصلاحية بأن يلزم الآخرين من خلال تحكمه المطلق)."[1]

وبهذا يكون كانت قد عبر عن الصفات الجوهرية في القاعدة الأساسية. فالأمر يتعلق بقاعدة تسبق القوانين الوضعية، وتُنشأ حقاً للمشرع في إصدارها وبالتالي في سريانها. ويكمن الفرق الحاسم بين كانت وكلسن بهذا الشأن في أن القاعدة القانونية عند كانت ليست مجرد شرط نظري معرفي بل هي قانون طبيعي.

---

(1) كانت Kant، س 1907a، ص 224

فالقانون الطبيعي عند كانت هو قانون "يمكن أن يعرف إلزامه بشكل مسبق وبدون تشريع ظاهري عن طريق العقل"[1] فالقاعدة الأساسية عند كانت هي قاعدة قانون عقلي – قاعدة يفرضها العقل – أو قاعدة قانون طبيعي كما تسمى في اللغة القانونية القديمة.[2] فالأمر يتعلق إذن بتسبيب قانوني طبيعي، أو بتفسير قانوني عقلي لسريان القانون الوضعي. ومثل هذا التسبيب يقود إلى نقيض الطابع غير المبالي بالأخلاق والذي نجده عند كلسن. أنه يقود إلى واجب أخلاقي لإطاعة القوانين.

إن نظرية كانت في القاعدة الأساسية عرضت في سياق فلسفته القانونية والتي بدورها ترتبط بصورة وثيقة بفلسفته الأخلاقية.[3] ولن نتعرض هنا لا لهذه ولا تلك بل سنقتصر على لمحة فقط حول الأسباب التي دفعت كانت لذكر القاعدة الأساسية ومن ثم نعرض لمضمونها.

إن تفسير القاعدة الأساسية عند كانت هي جزء من تفسيره لضرورة القانون الوضعي. وهذا التفسير يستند تاريخياً إلي نظرية العقد الإجتماعي. وتقوم هذه النظرية على التفريق بين الحالة الطبيعية والحالة القانونية أو حالة وجود الدولة أو كما يسميها كانت الحالة المدينة Buergerliche Zustand. إن إختلاف نظريات العقد الإجتماعي تنبثق من تفسير "الحالة الطبيعية". وطبقاً لنظرية كانت يحدث ذلك

---

(1) المرجع السابق، نفس الموضع

(2) المرجع السابق، ص 237

(3) قارن دراير Dreier، س 1981c، ص 286 وما بعدها

من خلال القوانين الطبيعية القائمة. ولكن هذه القوانين لا تكون محققة في الحالة الطبيعية. ولهذا يجب أن يكون هناك أمر عقلي من أجل ضمان إنتقال هذه القوانين إلى الحالة المدنية أو حالة الدولة، في ذلك يقول كانت:

"ففي مرحلة بدائية يوجد فكرة عقلية لمثل هذه الحالة، الحالة غير القانونية، حيث لم يمكن للناس بمفردهم ولا الشعوب ولا الدول، قبل الوصول إلى الحالة القانونية الرسمية، أن تضمن عدم ممارسة أعمال العنف ضد بعضهم البعض، ولا سيما أن كل منهم يمارس حقه الخاص حسبما يراه عدلاً وخيراً، دون أن يتقيد في هذا برأي الآخر. وبالتالي فإن أول ما يجب أن يقرر له، إذا كان لا يريد أن ينبذ كل المفاهيم القانونية، هو المبدأ الأساسي الذي يقضي بوجوب إنتقال الإنسان من الحالة الطبيعية والتي يتبع فيها كلاً رأيه، والإتفاق مع الآخرين (أولئك الذين لا يمكنه أن يتجنب الإنخراط والتأثير المتبادل معهم) على الخضوع لسلطة عامة قانونية خارجية، أي أن يدخل في حالة يتحدد فيها قانوناً لكل واحد ما يجب أن يقر له (حقوقه ووجباته) ويؤيد بالقوة الكافية نسبياً (التي ليست منه بل من الخارج)، هذا يعني قبل كل شي الدخول في الحالة المدنية" [1]

وهذا يعني أن تفسير ضرورة القانون الوضعي تقود إلى أن القوانين الطبيعية التي يجب أن تضمن وجود القانون الوضعي تتجسد في كل الحالات في القاعدة الأساسية. ولكن الأمر ليس كذلك. فالقاعدة الأساسية عند كانت تستند فقط على

---

(1) كانت Kant، س 1907a، ص 312

الثقة بالقانون والسلم القانوني. ولا تتناول إلا قليلاً بخلاف الحال عند كلسن مضمون القانون الوضعي التي تكسبه السريان. ويبدو ذلك واضحاً عندما يصيغ كانت قاعدته الأساسية على أنها مبدأ عقلي عملي، والذي يتطابق مع الأمر بأن: "يقتضي إطاعة السلطة التشريعية القائمة الآن مهما كان مصدرها وبما تريد".[1]
وهذا يقود إلى تقدم مطلق مسبب عقلياً للقانون الوضعي على القانون الطبيعي. وبعبارة أوضح يشكل هذا عند كانت أعمال مقاومة للقانون ولمهمة رجال القانون. فمقاومة القانون أمر مرفوض كما يؤكد كانت:
" لا يوجد إذن معارضة مشروعة من الشعب ضد الرئيس التشريعي للدولة، وبالتالي فان الحالة القانونية ممكنة فقط من خلال الخضوع لإرادته التشريعية العامة".[2]
وفيما يتعلق بمهمة رجال القانون كتب كانت:
"إن عالم القانون يبحث عن قوانين تضمن حمايتي وحمايته (إذا افترضنا أنه يتصرف كما ينبغي عليه كموظف حكومي) وليس من عقله، بل في النصوص القانونية الصادرة رسمياً، والمؤيدة بالعقاب من السلطة العليا. لا نستطيع إن نؤيد دليل صحتها وعدالتها، وبنفس الوقت ندافع عن الإعتراض العقلي الذي يساق ضدها. وعليه فإن الأنظمة تحدد أولاً ما هو قانون، وعليه فالإستفسار فيما إذا كانت الأنظمة بحد

(1) المرجع السابق، ص 319

(2) المرجع السابق، ص 320. نلفت نظر القارئ الكريم إلى أن النصوص المستقاة من كتب الفيلسوف كانت تعود إلى القرن الثامن عشر، ولذلك نجدها مكتوبة باللغة الألمانية القديمة، والتي تختلف بعض الشيء في القواعد والإملاء عن اللغة الألمانية المعاصرة، وليس المقام هنا للتفصيل.

ذاتها شرعية، يجب أن يرفض من رجال القانون كونه غير معقول. ومن المضحك أن نمتنع عن طاعة الإرادة العليا الخارجية لأنها لا تتوافق مع العقل كما يقال. وهنا تكمن رؤية الحكومة، بأن لا تترك للمحكومين الحرية في تقدير الحق والباطل طبقاً لمفاهيمهم، ولكن طبقاً لأحكام نصوص السلطة التشريعية."[1]

لقد تعرضت أراء كانت بشأن تقدم مطلق مسبب عقلياً للقانون الوضعي على القانون الطبيعي دائماً للإنتقاد.[2] ويتركز هذا لنقد حول فرضية كانت الذي تقول بتقدم مطلق للقانون الوضعي، حتى ولو كان ممعناً في الظلم، على القانون الطبيعي مما يتعذر أو يصعب قبوله. ولذلك نجد كانت ينتقد الإتجاه التجريبي المجرد لعلماء القانون قائلاً:

" ما هو قانون (quis sit iuris) أي ما تنص عليه التشريعات في مكان معين وفي زمان محدد، أو ما نصت عليه هذه التشريعات، يمكننا أن نعينه بيسر. ولكن إذا كان ما نصت عليه هذه التشريعات هو حق أو عدل، والمعيار العام الذي بموجبه نعرف الحق من الباطل يبقى خفياً علينا... إن علم القانون التجريبي البحت هو رأس (مثل الرأس الخشبي في خرافة فادروس) هو للأسف جمجمة بلا دماغ"[2]

كيف يمكن أن يتفق ذلك مع رأي كانت المشار إليه سابقاً بأن السؤال عن سلامة وعدالة قانون في دولة يجب أن يرفض من رجال القانون بوصفه غير

---

(1) كانت Kant، س 1907b، ص 24 وما بعدها

(2) قارن درايرDreier، س 1985، ص 302 وما بعدها

معقول؟[1] هذا ما يثير الشك في الترابط الداخلي لنظرية كانت وفي الأساس التجريبي لمشروعية كل التشريعات الرسمية التي تنص:

"إن ما لا يقره الشعب بنفسه لا يستطيع المشرع أن يقره متخطياً الشعب"[2]

ألا يمكن أن يقيد هذا المعيار ولاسيما في حالات التعسف الغاشم من واجب إطاعة المشرع؟ هل نجبر حقاً بإتباع كل قوانين الدولة لتدعيم الثقة بالقانون والسلم القانوني، ولو كانت ظالمة ظلماً صارخاً، ولو كانت تتجاهل كلياً حق الحرية الشخصية[3] الذي يعتبره كانت الحق الوحيد والأصيل الذي يعطى لكل إنسان بحكم إنسانيته؟ لقد تبين لنا من خلال دراسة حجة الظلم أن مثل هذا التقدم غير المقيد للقانون الوضعي مرفوض كلياً، فيجب إنكار الطابع القانوني للقوانين الظالمة ظلماً صارخاً.[4]

والسؤل هنا ماذا يعني هذا بالنسبة لتقدير قيمة القاعدة الأساسية عند كانت. هناك إمكانيتان: الأولى يتبناها من يدعي أن القاعدة الأساسية عند كانت تطابق كلياً المبادئ الأساسية لفلسفة كانت. وهذه يفترض أن تُنتقد إنطلاقاً من عدة وجوه تضعها خارج إطار النظام الفلسفي لكانت. ويتبنى الإمكانية الثانية من يعتقد بأن القاعدة الأساسية التي قال بها كانت ليست ضرورية، وليست نتيجة موفقة لمبادئ نظرية كانت الأساسية. هذه الفرضية يمكن أن تربط بالإدعاء بأن واجب إطاعة

---

(1) كانت Kant، س 1907a، ص 229 وما بعدها

(2) قارن دراير Dreier، س 1986، ص 10

(3) كانت Kant، س 1912، ص 297 و 304

(4) كانت Kant، س 1907a، ص 237

المشرع الذي أيده كانت عبر القاعدة الأساسية التي قال بها، يجب أن يتقيد من خلال معيار، مثل المعيار الذي قال به رادبروخ في صياغته الشهيرة، والذي يتلاءم بوجه أفضل مع فلسفة كانت من الصيغة المطلقة التي قال بها كانت. وهذا ينسجم مع النظرة التفسيرية النظرية بأن لا يجب أن نستخلص نتائج صحيحة دائماً من المبادئ الأساسية لفيلسوف كبير. ومن غير الممكن هنا أن نتناول بالضرورة أي من هاتين الإمكانيتين يجب أن نؤثر. ولذلك فمن المنطق أن نفترض أن كانت لم يخرج بصياغته القطعية للقاعدة الأساسية بنتيجة متميزة مقنعة في نظريته، ولكنه وضع تصورات رائدة تتعلق بسلطة الدولة المشروطة زمانياً.[1] فإذا صح هذا الإفتراض عندها يجب تلطيف القاعدة الأساسية التي وضعها كانت من خلال حجة الظلم. فإذا لم يصح هذا الإفتراض، فستكون تأثيرات القاعدة الأساسية التي قال بها كانت والمؤسسة على القانون الطبيعي أكثر وضعية من القاعدة الأساسية التي قال بها الأستاذ هانس كلسن، والتي اعتبرت أن كل قاعدة موضوعة ومؤثرة يمكن إعتبارها قاعدة قانونية سارية، عندما نريد، دون أي إعتبار للمقتضيات الأخلاقية مهما كانت. وفي المقابل تنص القاعدة الأساسية التي قال بها كانت -إذا لم يتم تقييدها- إن كل قاعدة موضوعة ومؤثرة يجب أن تكون قاعدة قانونية سارية، بغض النظر عما إذا أردناها وبالتالي يجب علينا الإلتزام أخلاقياً بإطاعة كل قاعدة من هذا النوع. إن مثل هذا المذهب الوضعي المتشدد المؤسس أخلاقياً أكثر قبولاً من الشكل النظري المعرفي المرتاب الذي قال به كلسن.

---

(1) المرجع السابق، ص 102

المبحث الثالث

القاعدة الأساسية التجريبية (هارت)

Die empirische Grundnorm (Hart)

لقد بينا فيما تقدم، وعند الكلام عن القاعدة الأساسية المعيارية لدى كلسن، أهم ما يثار من نقد ضد القاعدة الأساسية التي قال بها هارت. إن الدور الهام التي تلعبه القاعدة الأساسية التي قال بها هارت في مجال الفقه وفي الواقع يكمن في أنها تشكل، بالإضافة للقاعدة الأساسية المعيارية التي قال بها كانت، أهم البدائل للقاعدة الأساسية التي قال بها كلسن، مما يتطلب منا شرحها منهجياً.

لم يسمِّ هارت قاعدته الأساسية بالقاعدة الأساسية basic norm، بل أطلق عليها أسم قاعدة الإقرار rule of recognition. فهو بذلك يعترف بأن نظريته حول قاعدة الإقرار شبيهة في بعض الوجوه بتصور كلسن للقاعدة الأساسية.[1] وإن الإختلاف اللفظي يفسره مبدئياً إنطلاقاً من الحالات المختلفة لقاعدته الأساسية.[2]

ومن الواضح هنا نقاط الإتفاق، فدور قاعدة الإقرار يتجسد في أنها تحوي معايير لتحديد القواعد، كقواعد قانونية سارية (يتحدث الأستاذ هارت عن Rule بدلاً من Norm) ، كقانون نافذ.[3] أنها القاعدة القانونية الأعلى ultimate rule في

(1) هارت Hart، س 1961، ص 245

(2) المرجع السابق، نفس الموضع

(3) المرجع السابق، ص 97

النظام القانوني.[1] فالقاعدة الأساسية تنطوي بذاتها إذن على المعايير، وبالتالي على أسباب سريان القواعد الأخرى في النظام القانوني، ما عداها هي.[2] وهي بذلك شبيهة بالقاعدة الأساسية التي قال بها كلسن، والتي نصل إليها بالسؤال عن سبب السريان في البناء المتدرج (الهرمي التراتبي) للنظام القانوني. وقد أوضح هارت هذا بالإستعانة بالمثال الذي ينص أخر جواب له، وبالتالي صيغة قاعدة الإقرار صدد البحث على: "القانون هو ما تسنه الملكة في البرلمان." [3]

وبالمثل فإن الإختلافات تبدو أيضا واضحة. الأهم هو أن الأمر يتعلق بمسائل تجريبية سواء بشأن مسألة وجود قاعدة الإقرار، أو بشأن مضمون قاعدة الإقرار.[4]

"إن قاعدة الإقرار تحدث فقط بشكل معقد، ولكنها تتفق بشكل طبيعي مع عمل المحاكم وعمل الأشخاص العاميين والخاصين عند تحديد القانون بالرجوع إلى معيار خاص. إن وجودها مسألة واقع."[5]

يفترض أن يكون هذا هو السبب في أنه يمكن الحديث عن وجود قاعدة الإقرار وليس عن سريان قاعدة الإقرار. فقاعدة الإقرار هي المعيار لسريان كل

---

(1) المرجع السابق، ص 102

(2) المرجع السابق، ص 104

(3) المرجع السابق، ص 103 وما بعدها

(4) المرجع السابق، ص 245

(5) المرجع السابق، ص 107

القواعد القانونية الأخرى، فلا يمكن بوصفها المعيار الأعلى للسريان أن تسري بذاتها أيضاً.[1] إن وجودها يتبدى من خلال أسلوب كيف يحدد المشترك في نظام قانوني القواعد بوصفها قانوناً سارياً.[2]

لأول وهلة يبدو هذا الحل لمشكلة القاعدة الأساسية سهلاً جذاباً. لقد تبين عندما إستعرضنا نظرية كلسن بأن هذا الحل في غاية السذاجة. لقد دلل هارت بقبوله قاعدة الإقرار، والتي تنبثق من الواقع القانوني على وجودها، وإستخدم بعد ذلك وجودها كسبب لسريان القواعد القانونية الأخرى. ولكن المشكلة الحاسمة تكمن في فكرة القبول. فقبول قاعدة تجد صيغتها في الواقع العملي الجماعي، يعني في الحقيقة الإنتقال من حقيقة بأن التطبيقات العملية تجري، إلى تقرير الحكم بأنه من المفروض العمل وفقاً للواقع. أن فضل نظرية كلسن في القاعدة الأساسية تكمن في أن الإنتقال من ما هو كائن إلى ما يجب أن يكون لا تختفي وراء مفاهيم مثل مفاهيم قبول أو وجود الواقع، بل أنها تظهر بوضوح هذا الإنتقال، وتجعل منه موضوع لها. وعليه فان القاعدة الأساسية المعيارية التي قال بها هارت يجب أن تنتهي، لأنها لم تتمكن من شرح المشكلة الحقيقية في نظرية القاعدة الأساسية، أي الإنتقال من ما هو كائن إلى ما يجب أن يكون.[3]

---

(1) المرجع السابق، ص 105 وما بعدها

(2) المرجع السابق، ص 98

(3) قارن درابر Dreier، س 1981b، ص 223

الباب الرابع

تعريف القانون

Definition

إن نتائج العرض المتقدم يقتضي أن تفضي إلى إستخلاص التعريف التالي للقانون:

" القانون هو نظام من القواعد (1) يقر مبدأ مراعاة العدالة Anspruch auf Richtigkeit (2)، ويتكون من مجموعة القواعد التي تنتظم في دستور يحوز بالإجمال التأثير الإجتماعي أو الفاعلية، والتي لا تجافي العدالة مجافاة مطلقة. ويتكون أيضا من مجموعة القواعد الموضوعة طبقاً لأحكام هذا الدستور، والتي تنطوي على حد أدنى من التأثير الإجتماعي أو الفاعلية أو إمكانية التأثير الإجتماعي. والتي لا تجافي العدالة مجافاة مطلقة. بالإضافة إلى (3) المبادئ أو الحجج المعيارية الأخرى التي تستند أو / و يجب أن تستند عليها أصول تطبيق القانون لتحقيق مطلب مراعاة العدالة."*

---

* فيما يلي نورد النص الأصلي:

Das Recht ist ein Normensystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, (2) aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im grossn und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehoeren und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen, die gemaess dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und niht extrem ungericht sind, und zu dem (3) die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehoeren, auf die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stuetzt und / oder stuetzen muss, und den Anspruch auf Richtigkeit zu erfuellen“

وهذا التعريف للقانون ينطلق من وجهة نظر المشترك، وبالتالي فهو التعريف القانوني للقانون.[1] ويتضمن هذا التعريف مفهوم سريان القانون.[2] إن العناصر الثلاثة للتعريف (مشار إليها بالأعداد 1 و 2 و 3 أعلاه) تتوافق مع حجة العدالة وحجة الظلم والحجة المبدئية.

فالقسم الأول من التعريف يتضمن عنصراً تحديدياً هو مبدأ مراعاة العدالة.[3] فالأنظمة القانونية التي لا تعلن مبدأ مراعاة العدالة، لا بشكل ضمني ولا بشكل صريح، هي في الواقع ليست أنظمة قانونية.[4] ومن هذه الناحية يكتسب مبدأ مراعاة العدالة بعداً تصنيفياً.[5] ولهذا نتائج عملية ليست على قدر كبير من الأهمية، على إعتبار أن الأنظمة القانونية القائمة تعلن في الواقع مبدأ مراعاة العدالة، ولكنها لا تحققه إلا على نحو بسيط. والأهم طبقاً للإعتبارات العملية البعد أو المعنى النوعي[6] لمبدأ مراعاة العدالة، الذي يكمن في أن مجرد عدم تحقيق مبدأ مراعاة العدالة لا يفقد الأنظمة القانونية والقواعد القانونية المنفردة طابعها القانوني ومشروعية سريانها، ولكنه يجعلها معيبة قانونياً.[7] وهذا تعبير واقعي حقيقي للبعد المثالي القيمي للقانون.

---

(1) قارن أعلاه، ص 54 وما بعدها

(2) قارن أعلاه، ص 52 وما بعدها

(3) قارن أعلاه، ص 71 وما بعدها

(4) قارن أعلاه، ص 68

(5) قارن أعلاه، ص 56 وما بعدها

(6) قارن أعلاه، ص 57

(7) قارن أعلاه، ص 71

وفي القسم الثاني من التعريف حددت العلاقة بين العناصر التعريفية التقليدية للقانون: الشرعية الشكلية والتأثير الإجتماعي أو الفاعلية والعدالة. وهذه التحديد للعلاقة جاء على مستويين: تعيين الدستور وتعيين القواعد الموضوعة طبقاً للدستور. وبذلك يتبدى المدى المقيد للتعريف. فهو ينطبق على الأنظمة القانونية المتقدمة، التي تحتوي على بناء متدرج هرمي تراتبي من القواعد القانونية. أما بالنسبة للأنظمة القانونية المتخلفة فمن المفترض أن يصمم بديل مبسط، مما نعرض عنه في هذا المقام.

إن شرط سريان دستور ما، هو أن يكون مؤثرا إجتماعياً على وجه الإجمال. بهذا الشكل يشار إلى السريان الإجتماعي للنظام القانوني ككل، فالدستور يكون مؤثراً إجتماعياً على وجه الإجمال، عندما يكون النظام القانوني ككل والموضوع طبقاً للدستور مؤثراً إجتماعياً على وجه الإجمال.[1] إن مفهوم التأثير الإجتماعي أو الفاعلية على وجه الإجمال ينطوي على السمات المتعارف عليها في كل الأنظمة القانونية، مثل الهيمنة والغلبة على الأنظمة القانونية المتنافسة. وينطوي التعريف على سمة الإكراه، لأن التأثير الإجتماعي للقاعدة القانونية يكمن في ضرورة إتباعها وفي العقاب على عدم إتباعها. ولأن المعاقبة على عدم إتباع القواعد القانونية تنطوي على ممارسة الإكراه الجسدي، والذي يمارس من قبل الدولة في الأنظمة القانونية المتمدنة.[2] وتكمن سمة الغلبة على الأنظمة القانونية المتنافسة في مفهوم التأثير الإجتماعي أو الفاعلية بصفة عامة، لأن النظام القانوني الذي لا يفرض إرادته في

(1) قارن أعلاه، ص 140 وما بعدها

(2) قارن أعلاه، ص 135 وما بعدها

حالة النزاع تجاه الأنظمة القانونية الأخرى لا يكون مؤثراً اجتماعياً إجمالاً.[1] وإن فكرة سريان الدستور المذكورة في الفقرة الأولى من القسم الثاني من التعريف المبين أعلاه تنطبق أيضاً على المفاهيم القانونية الوضعية. وتشير هذه الفقرة من التعريف على الطابع القانوني غير الوضعي، على إعتبار أن معيار التأثير الإجتماعي أو الفاعلية بالإجمال تقيد من خلال السمة السلبية للظلم الصارخ. والسبب في ذلك هنا هو حجة الظلم.[2] وهنا لا بد من الإشارة أن سمة الظلم الصارخ بخلاف سمة التأثير الإجتماعي لا تتعلق بالدستور بمجمله بل ببعض قواعده المنفردة.[3] وهذا يبين أن السريان القانوني لنظام قانوني ككل يتوقف بشكل أقوى على السريان الإجتماعي منه على السريان الأخلاقي.[4]

وتتناول الفقرة الثانية من القسم الثاني من التعريف القواعد القانونية الموضوعة طبقاً للدستور. وهذه الفقرة ضرورية على إعتبار أن القواعد القانونية المنفردة بخلاف النظام القانوني لا يعتبر التأثير الإجتماعي شرطاً لسريانها القانوني. المعيار استبدل في نظام قانوني هرمي متدرج من خلال معيار الشرعية الشكلية للدستور المؤثر إجتماعيا على وجه الإجمال.[5] ويرد على هذا المعيار قيدان، تفقد القواعد القانونية المنفردة الموضوعة سريانها القانوني عندما لا تظهر حد أدنى من

(1) قارن أعلاه، 141

(2) قارن أعلاه، ص 77 وما بعدها

(3) قارن أعلاه، ص 109 وما بعدها

(4) قارن أعلاه، ص 145

(5) قارن أعلاه، ص 142

التأثير الإجتماعي و / أو تكون ظالمة ظلما صارخا.[1] وهذا الأخير هو الذي يبين الطابع القانوني غير الوضعي للمفهوم القانوني موضوع البحث.

بينما يقيد القسم الثاني من التعريف المفهوم القانوني الوضعي من خلال سمة الظلم الصارخ، يوسع القسم الثالث من التعريف مجال ما ينتمي إلى القانون. وهذا يحدث من خلال إدراج أصول تطبيق القانون في مفهوم القانون.[2] فكل ما يستند إليه الشخص الذي يطبق القانون في المجال المفتوح للقانون أو / و يجب أن يستند إليه، لتحقيق مطلب مراعاة العدالة ينتمي إلى القانون أي هو قانون.[3] وعليه تكون المبادئ، ولو لم تكن قد حددت كمبادئ قانونية بالإستناد إلى معيار سريان الدستور، وكذلك الحجج المعيارية الأخرى التي يُستند إليها لتعليل القرارات وتسبيبها، جزءاً من القانون. إن العبارة: "تستند أو / و يجب أن تسند" تبين تضافر البعد المثالي والبعد الواقعي لتطبيق القانون. فينتمي إلى القانون سواء تلك الحجج الذي يعتمد الشخص الذي يطبق القانون عليها لتأييد قراره، ولو لم تحقق مراعاة العدالة، أو تلك الحجج التي يجب أن تستند إليها القرارات لتحقيق مراعاة العدالة. وبذلك فإنه من الممكن أن ينتقد القرار القضائي من وجهة نظر القانون.

---

(1) قارن أعلاه، ص 77 وما بعدها وص 142 وما بعدها

(2) قارن أعلاه، ص 54 وما بعدها

(3) قارن أعلاه، ص 117 وما بعدها



مراجع الكتاب

Aranio, Aulis, Alexy, Robert und Peczenik, Aleksander 1983: Grundlagen der juristischen Argumentation, in: Werner Krawietz und Robert Alexy (Hg.): Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin, 9-87

Alexy, Robert 1981: Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie, Beiheft 2, 177-188

- 1985: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden (Neudruck: Frankfurt a. M. 1986)
- 1990: Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophic, Beiheft 37, 9-26
- 1991a: Theorie der juristischen Argumentation (1978), 2. Aufl. Frankfurt a. M.
- 1991b: eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft, Vortrag auf dem 15. Weltkongress fuer Recht-Sozialphilosophie, Goettingen 1991 (erscheint in den Akten des Kongresses)

Augustinus, Aurelius 1979: Der civitate dei/Der Gotesstaat, hg. und uebers. Von Carl Johann Perl, 2 Bde. Paderborn, Muenchen, Wien und Zuerich

Austin, John 1885: Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive Law (1861), 2 Bde., 5. Aufl. London

Austin, John Langshaw 1962: How to Do Things with Words, London, Oxford und New York

- 1970: The Meaning of a Word, in: ders.: Philosophical Papers, 2. Aufl. London, Oxford und New York, 55-75

Berling, Ernst Rudolf 1894: Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Freiburg i. Br. Und Leipzig

Bittner, Claudia 1988: Recht als interpretative Praxis, Berlin

Bydlinski, Franz 1982: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien und New York

Dreier, Horst 1991: Die Radbruchsche Formel Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: Festschrift fuer Robert Walter, hg. Von Heinz Mayer u. a., Wien, 117-135

Dreier, Ralf 1979: Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie, in: ders: Rechtstheorie, Beiheft 2, 89-105

- 1981a: Recht und Moral, in: ders: Recht -Moral-Ideologie, Frankfurt a.M., 180-216
- 1981b: Sein und Sollen, in: ders.: Recht- Moral-Ideologie, Frankfurt a.M., 217-240
- 1981c: Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants. In: ders.: : Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt a.M., 286-315
- 1985: Rechtsgehorsam und Wiederstandsrecht, in: Festschrift fuer Rudolf Wassermann, hg. Von Christian Broda u. A., Neuwied und Darmstadt, 299-316
- 1986: Rechtsbegriff und Rechtsidee, Frankfurt a. M.
- 1987: Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, in: Rechtstheorie 18, 368-385
- 1991: Der Begriff des Rechts, in: ders.: Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt a. M., 95 - 119

Dworkin, Ronald 1984: Buergerrechte ernstgenommen, Frankfurt a. M.

- 1986: Law's Empire, Cambridge, Mass. und London

Fuller, Lon L.1969: The Morality of Law, rev. Ed. New Haven und London

Geiger, Theodor 1987: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4.Aufl. Berlin

Guenther, Klaus 1988: Der Sinn fuer Angemessenheit, Frankfurt a. M.

Hamlyn, D. W. 1967: Analytic and Synthetic Statements in: The Encyclopedia of Philosophy, hg. Von Paul Edwards, Bd. 1,New York und London, 105-109

Hart, H. L. A. 1961: the Concept of Law, Oxford

- 1971: Der Positivismus und der Trennung von Recht und Moral, Goettingen, 14 – 57

Hoferster Norbert 1986: Zur Verteidigung der Rechtspositivismus, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2480-2482

- 1987: Die Rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, in: Juristische Schulung 181-188
- 1990: Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese, in: Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 37, 27-32

Hoeffe, Otfried 1987: Politische Gerechtigkeit, Frankfurt a. M.

Holmes, Oliver Wendell 1987: The Path of the Law‹ in: Harvard Law Review 10‹ 457 –478

Hume‹ David 1988: A Treatise of Human Nature‹ hg. Von L. A. Selby-Bigge‹ Oxford (Neudruck: Oxford 1951)

Ipsen, Kunt 1990: Voelkerrecht, Muenchen

Kant, Immanuel 1781/1787: Kritik der reinen Vernunft. 1./2. Aufl. Riga (zitiert: A/B)

- 1903: Prolegomena, in: Kant`s gesammelte Schriften, hg. Von der Koeniglich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd. IV, Berlin, 253-383
- 1907a: Metaphysik der Sitten, in: Kant`s gesammelt Schriften, hg. Von der Koeniglich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VI, 203-494
- 1912: Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht fuer die Praxis, in: Kant`s gesammelte Schriften, hg. Von der Koeniglich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VIII, 273-313

Kontorowicz, Hermann O. J.: Der Begriff der Rechts, Goettingen

Kelsen, Hans 1960: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien

- 1964a: Diskussionsbeitrag, in: Oesterreichische Zeitschrift fuer oeffentliches Recht N.F. 13, 119-120
- 1964b: Die Funktion der Verfassung, in: Verhandlungen des Zweiten Oesterreichischen Juristentages Wien 1964, Bd. II, 7. Teil, Wien o. J., 65-76
- 1979: Allgemeine Theorie der Normen, Wien

Koch, Hans-Joachim und Ruessmann, Helmut 1982: Juristische Begruendungslehre, Muenchen

Kriele, Martin 1979: Recht und praktische Vernunft, Goettingen

Loos, Fritz 1970: Zur Wert und Rechtslehre Max Webers, Tuebingen

Luhmann, Niklas 1972: Rechtssoziologie, 2 Bde., Reinbek

MacCormick, Neil 1978: legal Reasoning and Legal Theory, Oxford
- 1986: Law, Morality and Positivism, in: Neil MacCormick und Ota Weinberger: An Institutional Theory of Law, Dordrecht, Boston, Lancaster und Tokyo, 127-144

Maus, Ingeborg 1989: Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts, in: Rechtstheorie 20, 191-210

Mueller, Friedrich 1986: Rechterrecht, Berlin

Neumann, Ulfrid 1986: Juristische Argumentationslehre, Darmstadt

Ott, Walter 1976: Der Rechtspositivismus, Berlin
- 1988: Die Radbruch`sche Formel. Pro und Contra, in: Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht N. F. 107, 335-357
- 1991: der Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September Theorien, in: Festschrift fuer Robert Walter, hg. Von Heinz Mayer u. a., Wien, 519-533

Paulson, Stanley L. 1990: Laesst sich die Reine Rechtslehre transzendental begruenden?, in: Rechtstheorie 21, 155-179

Peczenik, Aleksander 1983: Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien und New York

Radbruch, Gustav 1973a: Rechtsphilosophie, 8. Aufl. Stuttgart
- 1973b: Fuenf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: ders.: Rechtsphilosophie, 8. Aufl. Stuttgart 327-329
- 1973c: Gesetzliches Unrecht und uebergesetzliches Recht (1946), in ders.: Rechtsphilosophie, 8. Aufl. Stuttgart, 339-350

Roehl, Klaus F. 1967: Rechtssoziologie, Koeln, Berlin, Bonn und Muenchen

Ross, Alf 1958: On Law and Justice, Berkeley und Los Angeles
- 1968: Directives and Norms, London und New York

Rottleuthner, Hubert 1981: Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Freiburg/Muenchen
- 1987: Einfuehrung in die Rechtssoziologie, Darmstadt

Sieckmann, Jan-Reinard 1990: Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden

Strolz, Marc Maria 1991: Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zu gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB, Zuerich

Stuckart, Wilhelm und Globke, Hans 1936: Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung, Bd. 1, Muenchen und Berlin

Stuhlmann-Laeisz, Reiner 1983: Das Sein-Sollen Problem, Stuttgart-Bad Cannstatt

Summers, Robert S. 1982: Instrumentalism and American Legal Theory Ithaca und London

Weber, Max 1976: Wirtschaft und Gesellschaft (1921), 5. Aufl. Tuebingen

Xenophon 1917: Memorabilien, uebers. Von A. Leising, 5. Aufl. Berlin

أعلام فلسفة القانون

تأليف

الدكتور

الدكتور كامل فريد السالك

Dr. jur. C. Salek



مقدمة:

ينطوي هذا الملحق على أهم الأفكار الفلسفية لأبرز علماء فلسفة القانون في العالم، ولكنه من ناحية يقتصر على أهم الأفكار الفلسفية القانونية، وليست الفلسفية العامة، ومن ناحية أخرى يقتصر على تقديم نبذة موجزة عن بعض علماء فلسفة القانون وليس كلهم، فهناك فلاسفة قانون أمثال هيكل وسافيني وإيهرنج وجيني ورسو ومونتسكيو وهوبز ولوك وفيختي وبنتام وبكاريا، لم نتعرض في هذا الملحق لشرح أفكارهم الفلسفية، وتقديم نبذة عنهم لعدم إتصال فلستهم بموضوع هذا الكتاب. كما أنه لم يتم الإشارة إلى الفلاسفة ما قبل القديس توما أكويني مثل فلاسفة الإغريق القدماء أمثال أفلاطون وسقراط وأرسطو أو غيرهم مثل القديس أوغسطين وسيشرون رغم أن بعضهم أسهب في مناقشة قضايا فلسفة القانون مثل أفلاطون في كتابه "الجمهورية الفاضلة"، والقديس اوغسطين في كتابه "مدينة الله"، على إعتبار أن طرحاتهم لم تعد موضع جدل في الوقت الحاضر من جهة، أو لأن أفكارهم تجلت بشكل أو بأخر في فلسفة لاحقيهم من جهة ثانية.

وقد رجعنا في إعداد هذا الملحق إلى إمهات الكتب والموسوعات الفلسفية والقانونية. والواقع أنني ترددت كثيراً قبل أن أجزم بنشر هذا الملحق على إعتبار أن مثل هذا العمل لا يستطيع أن يقوم به إنسان بمفرده مهما بلغ من العلم والمعرفة والإطلاع، ولكن التشجيع الذي لقيته من أساتذتي وزملائي من جهة، وغياب المؤسسات العلمية التي تهتم بالأمور العلمية في العالم العربي دفعني بحذر شديد إلى سلوك هذا الطريق الوعر الذي كبدني جهداً شاقاً. ولذلك كنت موجزاً أشد حدود الإيجاز، حريصاً أن أقدم معلومة دقيقة موثقة علمياً من أفضل المصادر. وقد رتبت

الملحق تاريخياً، فابتدأت بالقديس توما أكويني الذي طبعت فلسفته القرون الوسطى في أوربا، وانتهيت بالأستاذ هارت مروراً بالأساتذة هانس كلسن وكوستاف رادبروخ وغيرهم.

والله نسأل التوفيق

كيل في كانون الأول 2002

د. كامل فريد السالك

القديس توما أكويني[1]

Thomas Aquinas

ولد القديس توما أكويني (بالإيطالية: Tommaso d'Aquino) في روكاسكا Roccasecca في إيطاليا، عام 1225. بدأ تعليمه المبكر في سن الخامسة في دير مونت كاسينو، ثم قرر والّديه إرساله إلى جامعة نابولي حيث درس في البداية الفنون، ونال درجة الماجستير، ثم درس علم الفلسفة واللاهوت في الدومينيكان Dominican، في كلية الأداب في جامعة باريس Paris وجامعة كولونيا Cologne في ألمانيا. وفي عام 1952 أرسل إلى جامعة باريس ليكمل دراسة اللاهوت، في عام 1256 نال درجة الدكتوراه في اللاهوت Magistrate. عين محاضراً في كلية اللاهوت بجامعة باريس في عام 1257، وبقي في وظيفته حتى عام 1959، حيث أستدعي لتدريس اللاهوت والفلسفة في دير الدومينكان بالقرب من روما، وفي عام 1268 عاد إلى عمله في باريس أستاذاً لعلم اللاهوت في جامعة باريس، ثم قرر الإستجابة لدعوة للتدريس في جامعة نابولي في إيطاليا. توفي بتاريخ 1274/3/7 دون أن يكمل سنيه الخمسين.

---

(1) يضيف المؤلفون العرب أل التعريف على نسب القديس توما أكويني فيقولون توما الأكويني وهذا خطأ شائع مرده فيما نعتقد أن المؤلفون العرب ينقلون عن الأساتذة الفرنسيين اسم القديس توما أكويني الفرنسية St. Thomas d Aquin وتفيد الأداة de في اللغة الفرنسية الإضافة، فالإضافة في اللغة الفرنسية تتم بواسطة أل التعريف الحرف de. وأما في اللغة العربية فالإضافة تتم بطرق مختلفة فيمكن أن تتم بالنسبة للأسماء بدون إضافة أل التعريف.

يعتبر القديس توما أكويني حَبْراً عظيماً من أحبار الكنيسة، كرس حياته القصيرة لدراسة الفلسفة واللاهوت، فأظهر قدرة فائقة على تطويع الفلسفة لتعاليم الدين المسيحي، فخرج بأعظم فلسفة وأكمل نظرة في عصره، كانت لها أعظم الأثر في الفكر الفلسفي والقانوني من بعده. ولا غرابة أن تطبع فلسفة القديس توما أكويني الفكر الفلسفي للقرون الوسطى في أوربا بطابعها، وما تزال لها أعظم الأثر للكنيسة الكاثوليكية حتى يومنا هذا، إضافة إلى قيمتها العلمية المتميزة، والتي تجلت في الأبحاث الفلسفية في الجامعات الغربية المهتمة في كشف الكنوز الفلسفية التي أنطوي عليها فكر هذا الفيلسوف الكبير.

رغم حياته القصيرة استطاع القديس توما أكويني، ولا سيما بين عام 1252 و عام 1273، خلال عمله أستاذاً، أن يهب البشرية أعظم الأفكار الفلسفية. فكتب باللغة اللاتينية، لغة عصره، عدة كتب ومقالات ورسائل وأبحاث. تم جمعها في مجموعة أطلق عليها أسم المجموعة اللاهوتية La Somme théologique de St. Thomas Aquin، تناول فيها موضوعات كثيرة تتعلق بالأمور الدينية والدينوية، والمهم في هذا المقام أراء القديس توما أكويني القانونية، وبالتحديد نظريته في مفهوم القانون وصلة القانون الوضعي بالقانون الطبيعي، وفكرة القانون الإلهي والقانون الأزلي.

يعرف القديس توما أكويني Thomas Aquinas القانون بأنه تنظيم عقلي للعلاقات في المجتمع، يضعه ويصدره السلطان، بقصد تحقيق الخير العام. Une ordonnance de la raison promulguée pour le bien commun par celui

وعليه فيجب أن يحقق جوهر القانون qui a la charge de la communauté. المتطلبات الأساسية التالية: (1) تنظيم يفرضه العقل (2) يعلن ويصدر وفقا للأصول (3) عن السلطة الشرعية (4) يهدف لتحقيق الخير العام.

ويفرق بين القانون الوضعي هذا، وبين القانون الأزلي Lex Aeterna، وهو العقل الإلهي أو مشيئة الله، والتي لا يستطيع العقل الإنساني أن يحيط به كله على حقيقته، وإنما يصل إليه جزء منه عن طريق الوحي الإلهي révélation، وهذا هو القانون الموحى به، أو القانون الإلهي Lex Divina، وأما الجزء الأخر فيمكن كشفه عن طريق العقل، وهو القانون الطبيعي Lex Naturalis، وهو ما يتفق مع طبيعة الخليقة، وهذه بدوره يقسم إلى قسمين أحدهما يشمل المبادئ الأولية الواضحة التي يستطيع عقل كل إنسان إدراكها، وثانيهما يشمل المبادئ التي تتفرع عن المبادئ الأولية، ولا يتسنى إدراكها إلا لنخبة ممن إستقامت أخلاقهم وأرتقت أفهامهم، ويسمى الأول القانون الطبيعي الأولي droit naturel primaire والثاني القانون الطبيعي التفصيلي droit naturel secondaire.

ويرى القديس توما أكويني Thomas Aquinas وجوب خضوع القانون الوضعي للقانون الطبيعي، فإذا خالف القانون الوضعي مبادئ القانون الطبيعي فلا يكون قانوناً واجب الإحترام. ولكنه قد يكون من الخير إطاعته لأن أسمى قواعد القانون الطبيعي تقضي بأن يضحي بالمصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة. وفي هذا الحال لا يكون الإحترام واجباً للقانون غير العادل في ذاته، بل لمبدأ القانون

الطبيعي الذي يفرض التضحية بالمصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة المتمثلة في سيادة القانون والنظام.

لقيت فلسفة القديس توما أكويني فيما يتعلق بفكرة القانون الطبيعي معارضة شديدة ولا سيما من دونز سكوت Duns Scot (1265-1308) وغليوم أوكام William Occam (1295-1349). فلم يُقرا أن القانون الطبيعي يمكن أن يبنى على العقل، إنما يبنى على الإرادة. فإرادة الله هي التي أنشأت القانون الإلهي، وإرادة البشر هي التي كونت القانون الوضعي، وبالتالي فلا محل للقول بوجود قانون طبيعي أزلي تقتضيه طبيعة الخليقة وكنه الأشياء، فالقانون لا بد إن يكون وضعياً، لأنه وليد إرادة تنشئه.

ايمانويل كانت
Immanuel Kant

ايمانويل كانت Immanuel Kant طراز نادر من البشر، قلما يجود الزمان على قوم بمثله، كرس جل سنيه الثمانين للفلسفة، فخرج بأعظم ثورة فلسفية في العصر الحديث، لا تزال أسسها حتى يومنا هذا قاعدة لكل فلسفة أخرى.

ولد كانت في كونسبرك Koenisberg في بروسيا بتاريخ 1724/4/22، كانت أمه امرأة تقية ورعة، وبحكم نزعة أمه الدينية فقد غاص إلى عنقه في الدين إبان طفولته. درس الفلسفة في جامعة كونسبرك بين عامي 1747 و 1746، عمل مدرساً خصوصياً لأولاد بعض العائلات في بلدته وما يحيطها ما بين عام 1747 و1754. وفي عام 1755 نال درجة الدكتوراه وبدأ عمله محاضراً خاصاً في جامعة كونسبرك، وبقي في هذا المنصب خمسة عشر عاماً. ومن الملفت للنظر أن الجامعة رفضت طلبه الذي تقدم به لتعيينه أستاذاً فيها مرتين. إلى أن عين في عام 1770 أستاذا للمنطق والميتافيزيقيا، وبقي حتى عام 1796. وفي أوخز حياته أصابه خرف بسيط، وأخذت مشاعره وقواه تفارقه الواحدة تلو الأخرى، إلى أن فارق الحياة في 1804/2/12.

وجه كانت إهتمامه في بداية حياته للطبيعة، فكتب عن الكواكب والزلازل والنار والرياح والأثير والبراكين والجغرافيا وأصول الأجناس البشرية. ثم تحول للإهتمام بما وراء الطبيعة. لقد عشق الميتافيزيقيا وعبر عن ذلك بقوله: "لحسن الحظ

أن أكون عاشقاً محباً للميتافيزيقيا، ولكن عشيقتي لم تطلعني إلا على القليل من جمالها وفضلها". أهم أعماله: "نقد العقل الخالص" Kritik der reine Vernunft التي صدرت طبعته الأولى عام 1781، و"نقد العقل العملي" Kritik der praktischen Vernunft التي صدرت طبعته الأولى عام 1788، و"نقد الحكم Kritik der Urteilskraft" التي صدرت طبعته الأولى عام 1890، و"الدين في حدود العقل الخالص "Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft الذي صدرت الطبعة الأولى له عام 1793، و"ميتافيزيقيا المثل" Metaphysik der Sitten التي صدرت الطبعة الأولى له عام 1797، وكتب ومقالات أخرى قامت عدة دور نشر بتبويبها وطبعها ونشرها وترجمت إلى أغلب اللغات الأجنبية.

لم يشهد تاريخ الفكر فلسفة بلغت من السيادة والنفوذ في عصر من العصور ما بلغته فلسفة إيمانويل كانت من النفوذ والسيادة على أفكار القرن التاسع عشر. فبعد ستين عاماً من التطور الهادئ المنعزل قدم هذا الإنسان المعتدل الهادئ الضعيف البنية الصغير الحجم القصير القامة نظاماً جديداً للميتافيزيقيا هز العالم بأسره وأيقضه من نومه العقائدي، عندما أخرج عام 1781 كتابه المشهور "نقد العقل الخالص" Kritik der reinen Vernunft. في هذا الكتاب وضع كانت العقل الذي طبع الأيمان به فلسفة عصره موضع الإتهام، وأخذ في نقده والحكم عليه. لقد إرتد العقل لأول مرة على نفسه يختبرها في مقالة جون لوك John Locke 1632-1704 عن العقل البشري عام An Essay of Human Understanding 1689، وبدأت الفلسفة في تفحص الأداة التي ركنت إليها ووضعت ثقتها فيها مدة طويلة، و لم تعد تأتمن العقل وضعفت ثقتها به. وقد أراد كانت نقد العقل الخالص، لا مجرد النقد بل

النقد التحليلي، فهو لم يهاجم العقل الخالص، بل كان يرجو أن يظهر إمكانياته، ويرفعه ويضعه فوق المعرفة غير النقية التي تأتي إلينا عن طريق المعرفة المشوهة التي تنقلها الحواس، لأن العقل الخالص بنظره هي المعرفة التي لا تأتي عن طريق الحواس، ولكن معرفة مستقلة عن كل أنواع الحواس. لقد تحدى كانت في البداية ما ذهب إليه لوك والمدرسة الإنكليزية، فقال إن المعرفة ليست مستمدة كلها من الحواس. وأنتقد هيوم الذي زعم بأن كل معرفة الإنسان تأتي عن طريق الأحاسيس المنفصلة والمختلفة. ويقول ما هو رأي هيوم لو وجدنا أنفسنا أمام معرفة ليست مستمدة من التجربة الحسية، معرفة نجزم بحقيقتها وصحتها، حتى قبل التجربة وقبل أن يستقبل الذهن إحساساً واحداً من العالم الخارجي، عندها آلا تكون الحقيقة المطلقة والعلم المطلق ممكنتين؟ يؤكد كانت أن التجربة ليست الميدان الوحيد التي تحدد فهمنا، ولذلك فهي لا تقدم لنا على الإطلاق حقائق عامة، ولذلك لا بد أن تكون الحقائق مستقلة عن التجربة، ضرورية وواضحة ومؤكدة في ذاتها. مثل المعرفة الحسابية فهي معرفة ضرورية ومؤكدة ومستقلة عن التجربة، فإثنين زائد إثنين لا يمكن أن يسفر عن عدد غير الأربعة. ولكن من أين نحصل على هذه الحقائق المطلقة؟ ليس من التجربة إن هذه الحقائق تستمد نوعها الضروري من تركيب عقولنا الفطري، من الطريقة الطبيعية الحتمية التي يجب أن تعمل بها عقولنا. لأن عقل الإنسان ليس سلسة من الأحاسيس، أنه عضو نشيط يسبك وينسق الإحساسات إلى أفكار. عضو يحول ضروب التجربة الكثيرة المشوشة وغير المنظمة إلى وحدة من الفكر المنظم والمرتب. ولتحويل الإحساس الخام إلى إنتاج الفكر التام يجب تنسيق الأحاسيس الآتية من الخارج وتطبيق مفاهيم المكان والزمان والعلة وأنواع الرأي. فالأحاسيس بواعث غير

منظمة، تصبح منظمة بتطبيق قالب الزمان والمكان، وتتحول إلى مدركات عقلية بتطبيق أنواع الرأي. وهنا يكمن فضل كانت في تمييزه مظهر الشيء عن الشيء نفسه.

وفي كتابه "نقد العقل العملي Kritik der praktischen Vernunft" تعرض لموضوع الدين، وأقام الدين ليس على أساس من العلم واللاهوت، بل على أسس الأخلاق، على أن الأساس الأخلاقي يجب أن يستمد من باطن النفس بإدراك وبصيرة. إن الأخلاق فطرية فينا، ولم تستمد من التجربة، وأن الأوامر الأخلاقية التي نحتاج لها لتكون أساسا للدين يجب أن تكون عامة ومطلقة ومستمدة من فطرة الإنسان. لقد أثار ما ذهب إليه من خفض الدين والنزول به إلى مجرد إيمان أخلاقي جميع رجال الدين في ألمانيا. وقد أبدى شجاعة نادرة عندما نشر وهو في سن السادسة والستين كتابه "نقد الحكم Kritik der Urteilskraft"، وبعد ثلاث سنوات أعقبه بكتابه "الدين في حدود العقل الخالص Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft" الذي نشره عام 1793. وفي أول هذين الكتابين يرى أن مظهر الكون الخارجي وجماله وتناسقه ووحدته وإبداعه ليس دليلاً قاطعاً على وجود الله، وعلى رجال اللاهوت الذين يعتمدون هذه الفكرة على وجود الله أن يتخلوا عنها وينبذوها. وفي كتابه الثاني يؤكد بأن الدين لا يجوز أن يقوم على أساس منطق العقل النظري، بل يجب أن يقوم على العقل العملي للشعور الأخلاقي. ذلك لأن أي كتاب من الكتب المقدسة يجب أن يحكم عليه بما له من قيمة أخلاقية، ولا ينبغي أن يكون هو نفسه الحكم الذي يرجع إليه في القانون الأخلاقي.

وأما ما يتعلق بنظرته الفلسفية للقانون، فقد بسطها في القسم الأول تحت عنوان مذهب القانون Rechtslehre من كتابه "ميتافيزيقيا المثل Metaphysik der Sitten"، الذي كتبه عام 1797، وكان قد تجاوز السبعين من العمر. وقد تعرض فيه لكثير من الإنتقادات، ولعل هذا مما جعل الكثيرون يذهبون إلى أن فضل كانت كان أبعد أثراً في الفلسفة العامة، منه في فلسفة القانون. يميز كانت بين القانون والأخلاق على أساس التفرقة بين بواعث السلوك الخارجي، وبين السلوك في حد ذاته، ويدخل الأولى في دائرة الأخلاق، والثانية في دائرة القانون. فالأخلاق تحكم على الفعل بأنه فاضل أو غير فاضل بحسب ما إذا تم بقصد أداء الواجب أم لا، أما القانون فيحكم على الفعل في مظهره الخارجي ليرتب على هذا المظهر أثاراً محددة أم لا، وذلك بحسب ما إذا توفرت فيه الشروط اللازمة لترتب هذه الآثار أم لا. ثم يرتب كانت على هذه التفرقة بين القانون والأخلاق نتيجة هامة، هو أن الأخلاق بحكم كونها مقتصرة على البواعث والنوايا لا يمكن أن يكون لها جزاء مادي ينفذ بالقوة الجبرية، بخلاف القانون الذي يكفل إحترام قواعده جزاء مادي، كونه ينظم الأعمال الخارجية وهذه يمكن أن تؤثر. ويعرف كانت القانون بأنه "مجموعة الضوابط التي تكفل لإرادة الفرد أن تتعايش مع إرادة الأفراد الآخرين في ظل تنظيم عام للحرية"[1]

(1) وهذا نص التعريف الأصلي:

Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkuer des einen mit der Willkuer des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann. Kant, Metaphisik der Sitten, Hamburg: Verlag von Felix Meiner, 1959, S. 34 f. Nr. 230.

وبالرغم أن كانت يرى أن الدولة المثالية هي التي تصدر فيها القوانين عن إرادة الشعب، فإنه أبى أن يسلم للشعب بحق عصيان القوانين التي لا تعبر عن إرادته، الأمر الذي دعا بعض النقاد إلى أن يروا في آراء كانت إهداراً للقانون الطبيعي التقليدي، وأن يعدوه من رواد المذهب الوضعي.

وأخيراً لا بد من الإشارة أنه في عام 1784 نشر كانت شرحاً موجزاً لنظريته السياسية تحت عنوان "المبدأ الطبيعي للنظام السياسي وعلاقته بفكرة القانون الدولي" وقد أعتبر أن المادة الأولى لتعريف شروط "السلام الأبدي" الذي دعا إليه، هي أن يكون الدستور المدني لكل دولة دستوراً جمهورياً، ينص على حق الشعب في التصويت والإنتخاب والحكم، وأن لا تعلن الحرب إلا باستفتاء جميع المواطنين، لأنه إذا خيرنا الذين تقع عليهم أعباء الحرب بين السلم والحرب، فإنهم سيختارون السلم حتماً، وبذلك لن يعود التاريخ يسطر بالدماء. ويرى أن مهمة الحكومة هي الأخذ بيد الفرد ومساعدته في النمو والتطور، وليس إستخدامه وسيلة لتحقيق مآربها وإنتهاك حقوقه وإستغلاله. وقد دعا كانت إلى المساواة بين أفراد المجتمع، ورفض كل ضروب الإمتيازات الطائفية والعائلية والطبقية. وبإختصار فقد وقف هذا الفيلسوف العظيم مؤيداً للديمقراطية والحرية. ودعا إلى إقامة النظام الديمقراطي والحرية في كل مكان.

جون اوستين John Austin [1]

ولد جون اوستين John Austin بتاريخ 1790/3/3 في لندن. وفي عمر السادسة عشرة دخل الجيش، وخدم فيه خمس سنوات، ثم إستقال منه ليدرس الحقوق، وفي عام 1818 إنتسب إلى نقابة المحامين. وتزوج من سارة تايلر عام 1819. عاصر ولازم الفيلسوف الإنكليزي جرمي بنتام Jeremy Bentham، وعالم الاقتصاد جون ستيورد ميل John Stuart Mill، وقد شكلت نظريتهما النفعية الأساس للنظرية القانونية لاوستين. وفي عام 1829 أصبح أول أستاذ للقانون في جامعة لندن التي أنشأت حديثاً، بعد أن قضى سنتين من الدراسة في بون في ألمانيا، استطاع أثناءها أن يدرس علم القانون الألماني التقليدي والفلسفة الألمانية، ويحتك بأساتذة القانون والفلسفة الألمان أمثال ايهرنج وسافيني، وفي عام 1833 أسند إليه العمل في لجنة تطوير قانون العقوبات الإنكليزي. ومن عام 1836 وحتى 1838 عين وكيل للجنة الملكية في مالطا. توفي 1859/12/1 في وايبريدج Weybridge.

تجلى إنتاج اوستين العلمي في عملين رئيسين: الأول نشره عام 1832 وهو بعنوان: "مجال علم القانون المحدد The Province of Jurisprudence Determined" والثاني بعنوان: "محاضرات في علم القانون أو فلسفة القانون

---

(1) لا بد من لفت نظر القارئ الكريم إلى أن الأستاذ جون اوستين هذا هو غير جون **لانكشاو** اوستين John Langshaw Austin (1911ـ1960)، أستاذ الفلسفة الأخلاقية في جامعة أكسفورد من عام 1952 حتى 1960، والذي لا يشار إليه في كثير من الأحيان فقط باسم أوستين.

الوضعي "Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law"، والذي نشرته زوجته سارة عام 1861 في مجلدين، وتعتبر الطبعة الخامسة من هذا المؤلف التي تمت 1885 أكثر الطبعات شهرة وتداولاً، وقد أعيد طبعها عدة مرات ولاسيما عام 1929 بإشراف رو برت كامبل. وقد كتب اوستين بالإضافة إلى ذلك بعض المقالات أهمها: نداء من أجل الدستور Plea for the Constitution.

يتكون كتابه مجال علم القانون المحدد The Province of Jurisprudence Determined من ستة محاضرات عرض خلالها نظريته في القانون المعروفة باسم "نظرية الأمر Command Theory"، وحدد مفهومه لعلم القانون الذي يتجلى في نظره في توضيح وترتيب المفاهيم القانونية الأساسية، وركز في هذا الكتاب على التعريف بالخصائص المميزة للقانون الوضعي بغية تحريره من تعاليم الدين والأخلاق.

يعد اوستين المؤسس الحقيقي لمدرسة القانون الوضعي. ويدعي اوستين أن كل القوانين التي درسها تتضمن أوامر وواجبات ومؤيدات، وكل من هذه التعابير تشير إلى نفس الفكرة أي القانون، وينكر أي إختلاف بينها، لا بل يؤكد أن كل تعبير منها يتضمن معنى التعبيرين الآخرين. ويرى أن التقسيم الأساسي في القانون هو ذلك الذي يقوم على التفريق بين القانون الإلهي، والقانون الإنساني. ويعرف القانون الإلهي بأنه "القانون الذي وضعه الله لمخلوقاته البشرية Law set by God to his human creatures" في حين أن القانون الوضعي هو "قاعدة موضوعة من أجل إرشاد الكائن العاقل من قبل كائن عاقل له سلطة عليه a rule laid down for the guidance of intelligent being by an intelligent being having power

"over him"، وهذا الأخير ينقسم بدوره إلى القانون الوضعيpositive law والأخلاق الوضعية positive moral. ويرى أن دائرة القانون الإلهي والأخلاق الوضعية أوسع من دائرة القانون الوضعي، ويشبهما بدائرتين مركزهما واحد، ولكن مساحتيهما مختلفتان. وهذا التصنيف هو الأساس في الجدل حول الفصل بين القانون والأخلاق. وهذا هو الخلاف الرئيسي بين مدرسة القانون الوضعي ومدرسة القانون الطبيعي، وقد اتضح هذا الخلاف لاحقاً في الجدل الذي تم في العقد السادس من القرن العشرين بين الأستاذ هارت في جامعة اوكسفورد والأستاذ لون فولر من جامعة هارفرد.

يعرف اوستين القانون بأنه "أمر السلطة صاحبة السيادة مؤيد بعقوبات The command of the sovereign, backed up by sanctions". وفي هذا تتجلى العناصر الأساسية الثلاث في القانون، إذن "كل قانون أو قاعدة قانونية هو أمر "Every law or rule ...... is a command" و"يفرق الأمر عن الصيغ الأخرى للطلب، ليس بالقالب الذي يصاغ فيه الأمر، بل بقدرة وتصميم الطرف الآمر على إنزال الألم والعقاب في حالة عدم مراعاة الأمر A command is distinguished from anther significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded". ويتميز هذا الأمر بصدوره عن إرادة عليا ذات سيادة، أي شخص يدين السواد الأعظم في مجتمع معين له بالطاعة عادة، ولكنه لا يخضع بالعادة لطاعة أحد Someone to whom the bulk of the given society are in a habit of

وبذلك ينكر "obedience; and he is not a habit of obedience to anyone صفة القانون على قواعد كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري لعدم صدورهما من إرادة عليا واجبة الإحترام من جانب المخاطبين بهذه القواعد.

نعت مذهب اوستين بالمدرسة التحليلية في علم القانون، لأنه استبعد من دراسته كل التصورات والإفتراضات القانونية والأفكار الفلسفية، وقصر بحثه على دراسة الواقع القانوني الأكيد دراسة تحليلية. فتناول بالتحليل العناصر القانونية التي يتكون منها من مبادئ أساسية ومفاهيم رئيسية وتصانيف مختلفة وتعاريف متباينة، مستعيناً بعلم المنطق ليستخرج منها مفاهيم قانونية. ولأنه تقسيماته فصلت القانون عن الأخلاق، ولأن تعريفه للقانون لم يتضمن عناصر أخلاقية، أعتبر بحق الأب الحقيقي للمذهب الوضعي.

رودلف ستاملر
Rudolf Stammler

ولد رودلف ستاملر Rudolf Stammler في السفيلد Alsfeld في ألمانيا بتاريخ 1856/2/19، درس الحقوق في ليبزيك وغيسين Leibzig und Giessen، نال درجة الدكتوراه Promotion في الحقوق من جامعة غيسين Giessen عام 1876 حول اطروحته "نظرية حالة الضرورة في القانون الجزائي Lehr vom Notstande im Strafrecht"، ثم حصل على لقب الأستاذية Habilitation 1879 من جامعة ليبزك Liebzig في القانون الروماني. بدأ عمله أستاذاً في جامعة ماربورك Marburg عام 1882، ثم انتقل إلى جامعة غيسين Giessen عام 1884، ثم إلى جامعة هاله Halle عام 1916، فجامعة برلين Berlin عام 1916، إلى أن استقال عام 1921. توفي بتاريخ 1938/4/25 في فيرنيغيروده Wernigerode في ألمانيا.

كتب الأستاذ رودلف ستاملر Rudolf Stammler عدة مؤلفات قيمة أهمها: حول منهج نظرية القانون التاريخية Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie عام 1889، والإقتصاد والقانون وفقاً للتفسير التاريخي المادي Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung عام 1894، ومذهب القوانين السليمة Die Lehre von dem richtigen Rechte عام 1902، ونظرية علم القانون Theorie der Rechtswissenschaft عام 1911، القانون والكنيسة Recht und Kirche عام 1919، وفلسفة القانون Lehrbuch der Rechtsphilosophie عام 1922،

ومحاضرات في بحوث فلسفة القانون Rechtsphilosophie Abhandlungen und Vertraege عام 1925، والحياة القانونية الألمانية في العصر القديم والحديث Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit في مجلدين في عامي 1928 و 1932.

يعتبر رودلف ستاملر Rudolf Stammler واحداً من أبرز الذين حاولوا تجديد الفلسفة بناءاً على الأسس التي وضعها الفيلسوف الألماني كانت Kant، ولذلك نعت هذا الإتجاه باسم "مدرسة كانت الجديدة Neukantische Schule"، وقد تجلت أهمية هذه المحاولات في سيادة مذهب القانون الوضعي في القرن التاسع عشر. لكن أهم مساهمة للأستاذ ستاملر في مجال فلسفة القانون تجلت في نقده المدرسة التاريخية في القانون التي تزعمها سافيني Saveny، التي رأت بأن التقنين شر يجب دفعه، لأنه يقود إلى تجميد القانون وإعاقة تطوره. وأن القانون لا ينشئ بإرادة الدولة حتى تستبد في وضعه، بل هو وليد البيئة، ينشأ تلقائياً بفعل القوى المؤثرة الداخلية، ويستمد حقيقته من روح الشعب Volksgeist، وينمو في المجتمع ويتطور تطوراً تلقائياً، كما تتطور اللغة والمثل. وعليه فإن دور المشرع في التشريع هو في حقيقة الأمر دور سلبي يقتصر على مراقبة تطور القانون، وترجمة هذا التطور في نصوص قانونية، ومن هنا يرى سافيني أن علم القانون علم تاريخي، ولهذا السبب نعت مذهب سافيني بالمذهب التاريخي. ولكن ستاملر أبرز مآخذه على المدرسة التاريخية في مسألتين أساسيتين لم تضع لهما هذه المدرسة حلاً: المسألة الأولى فيما إذا كان القانون الحالي هو القانون الذي يجب أن يكون، والمسألة الثانية كيف يكون ممكناً أن ينبثق من التشريع قانوناً. فالمسألة الأولى لا يمكن الإجابة عليها بالإستناد إلى

الواقع القانوني القائم، والمسألة الثانية لا يمكن بحثها لأن المدرسة التاريخية لا يمكنها أن تطور مفهوم القانون بشكل إستقرائي إستنتاجي، حيث أنها تشترطه بشكل مسبق.

يعرف رودلف ستاملر Rudolf Stammler القانون بأنه "الإرادة الجماعية المستقلة التي لا تنتهك Das unverletzbar selbstherrlich verbendende Wollen. ويتسأل رودلف ستاملر Rudolf Stammler فيما إذا كان هذا المفهوم للقانون هو المفهوم الصحيح، أي فيما إذا كان مفهوم القانون الوضعي هو المفهوم القانوني الصحيح. من غير الممكن أن يكون القانون الطبيعي يجيب ستاملر هو المفهوم القانوني الصحيح، على إعتبار أن يتغير بتغير الأزمان والأمكنة، من هنا انطلقت نظريته حول فكرة القانون الطبيعي ذات الحدود المتغيرة، أي المثل الأعلى الذي يدركه الإنسان بعقله السليم، ويختلف بإختلاف الأمكنة، ويتغير بتغير الأزمنة، ويقع على المشرع مهمة إستنباطه وإستلهامه. على أن إختلاف القانون الطبيعي زمانياً ومكانياً، لا ينفي وجود بعض مبادئ قليلة العدد في كل مكان وزمان، والتي تشكل المبادئ الثابتة للقانون الطبيعي، والتي تقابل المبادئ المتغيرة في الزمان والمكان.

وبإختصار يرى ستاملر أنه من غير الممكن وجود قانون طبيعي ثابت، ولكن من الممكن وجود قانون صحيح، ويكون القانون الوضعي صحيحاً برأيه إذا كان عادلاً.

أوليفر فندل هولمز Oliver Wendell Holmes

ولد هولمز في بوسطن Bosten في الولايات المتحدة الأميركية بتاريخ 1841/3/8، درس الحقوق في جامعة هارفرد Harvard University وتخرج منها عام 1861. بعد تخرجه من مدرسة الحقوق في جامعة هارفرد إشترك في نادي الميتافيزيقيا أو ما وراء لطبيعة Metaphysical Club، والذي كان يضم بين أعضائه مؤسسي الفلسفة البرجماتية Philosophical pragmatism وليم جيمس William James وتشارلز ساندرس بيرز Charles Sanders Peirce. أصبح أستاذ القانون في مدرسة الحقوق بجامعة هارفرد Harvard Law School عام 1882. وفي عام 1883 عين قاضياً في المحكمة العليا في مساشوستس Supreme Judicial Court of Massachusetts، ثم في المحكمة الإتحادية الأميركية العليا The United States Supreme Court في عام 1902، وخدم فيها حتى عام 1932. توفي في واشنطن بتاريخ 1935/3/6.

أبرز مؤلفاته هو كتابه تحت عنوان "القانون القضائي The Common Law" الذي نشره عام 1881، والذي أعتبر لبعض الوقت أفضل مؤلف كتب عن القانون الأميركي. وبعد سنتين أخرج كتابه "منهج القانون The Path of the Law"، الذي يعتبر واحداً من أهم كتب القانون الملهمة.

يعتبر هولمز من أبرز رموز القانون في تاريخ أميركا، ترك بصماته على علم القانون الأميركي كرائد للواقعية القانونية والتحليل الاقتصادي للقانون، وكواحد

من أبرز أنصار القانون الوضعي. ونظراً لما كان يتمتع به من فهم قانوني عميق، وأسلوب بلاغي متميز، فقد طبع تفكيره القانوني نظرية القانون في الولايات المتحدة الأميركية زمناً. وقد تبنى شكل من أشكال التشكيك الأخلاقي، وعارض مفهوم القانون الطبيعي، ما شكل تحولاً كبيراً في الفقه الأميركي.

يرى هولمز أن المصدر الصحيح الوحيد للقانون هو القرار القضائي judicial decision، وبما أن القاضي يحكم بناءاً على الوقائع المقدمة إليه، ثم يقدم الأفكار التي تشكل الأساس المنطقي لحكمه، فإن الأساس الحقيقي لحكمه غالباً ما يكون فرضية رئيسية غير مفصلية inarticulate major premise خارج القانون. فالقاضي ملزم بأن يختار بين النظريات القانونية المتنافسة، فالأساس الحقيقي لقراره يتحدد بالضرورة من خارج القانون. ووجهة النظر هذه هي التي جعلت هولمز لأن يصبح من دعاة الواقعية القانونية، والتي هي نتاج تطبيق البرغماتية على القانون، وهذا يعني أن القرار لا يتم إستنتاجه من خلال قواعد المنطق الصوري، فالقانون ليس منطق ورياضيات، وقد جسد ذلك بعبارته الشهيرة "إن حياة القانون لم تكن منطقاً، كانت خبرة The life of the law has not been logic; it has been experience". فالقانون في حقيقة الأمر يجسد تاريخ تطور الأمة عبر القرون، ولا يمكن التعامل معه وكأنه مجموعة من البدهيات والمبادئ لكتاب في علم الرياضيات. وعليه مثلت فلسفته خروجاً عن الفقه السائد في عصره، والذي يرتكز على الشكلية القانونية. وهنا يتجلى فضل هولمز في إعادة صياغة القانون وتحديثه من أجل التكيف مع طبيعة الحياة العصرية.

حدد هولمز قيدين لخلق القانون القضائي: الأول ينبثق بين العلاقة الملائمة بين القانون والأخلاق The proper relationship between the law and morality، والثاني يتعلق بمفهومه للعلاقة الملائمة بين المحاكم والمشرع The proper relationship between the courts and the legislator.

ففيما يتعلق بالعلاقة بين القانون والأخلاق، يؤكد هولمز على التفريق بين القانون والأخلاق من حيث أن القانون، وخلافاً للأخلاق، لا يعرف من منطلق الإنسان الطيب الذي يبحث عن مبرارات منطقية وأخلاقية لسلوكه، بل من منطلق الإنسان السيء The perspective of a bad man، الذي يهتم فقط بالعواقب المادية المترتبة على قرارت المحاكم who cares only for the material consequences of the courts' decisions، كتنبؤ بسيط لما ستقرره المحكمة في حالة معينة فيقول: "إن التنبؤ حول ما سوف تفعله المحكمة في الواقع دون أن تتعداه هو ما نعنيه بالقانون. "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law".

وأما فيما يتعلق بمفهومه للعلاقة بين المشرع والمحاكم، فيرفض هولمز الرأي الذي يقول بأن للمحاكم دور في إختبار منطقية العملية التشريعية The role of the courts is to test the rationality of the legislative process، وهو الرأي الذي ساد في قضاء المحكمة العليا الأميركية، ويعتقد أنه يجب على المحاكم أن تبتعد عن العملية السياسية. فهو يفضل ترك العمل التشريعية للمشرع، ويعتقد انه لا يجوز للمحاكم أن تخلق قواعد قانونية إلا بصورة مقيدة وعلى شكل مقترحات.

هانز كلسن Hans Kelsen

ولد هانز كلسن Hans Kelsen في براغ في 1881/10/11 من والدين يهوديين. انتقل إلى فينا مع عائلته عندما كان عمره ثلاث سنوات. درس الحقوق في جامعة فينا، ونال لقب الدكتوراه عام 1906، والأستاذية في الحقوق عام 1911. قام بتدريس الحقوق في مجمع هابزبرغ، وأصبح أستاذ كرسي للقانون في جامعة فينا 1917. وبعد الحرب العالمية الأولى استدعي لوضع مشروع قانون لجمهورية النمسا الجديدة لعام 1920 النافذ حتى تاريخه. وأصبح قاضياً للمحكمة الدستورية العليا في النمسا، وواحداً من أبرز رموز الفكر القانوني والسياسي والأكاديمي في النمسا. وعلى أثر تجريده من عضوية المحكمة الدستورية عام 1930، ترك النمسا ليدرس الحقوق في جامعات كولن وجنيف وبراغ لمدة عقد من الزمن. ثم هاجر إلى الولايات المتحدة الأميركية في عام 1940، وقام بالتدريس في جامعتي هارفرد وكاليفورنيا، وبقي في هذه الأخيرة حتى استقال عام 1957. وفي 19 نيسان 1973 فقدت الإنسانية واحداً من ألمع أساتذة القانون. أعتبره الكثيرون أعظم علماء فلسفة القانون في القرن العشرين.

ألف الأستاذ هانس كلسن في حياته كتباً هامة في القانون العام والقانون الدستوري النمساوي والقانون الدولي. وكان مهتماً بعلم السياسة والنظريات السياسية بشكل خاص، وكتب مقالات في الدولة والإشتراكية والماركسية والنظام البرلماني والديمقراطية. وقد قاد حملة عشواء ضد نظرية القانون الطبيعي، ما قاده إلى دراسة الفلسفة وعلم الإنسان (الأنتروبولوجيا). فشرع أثناء وجوده في النمسا مع

اثنين من أصدقائه هما: أدلف ميركل وألفرد فيردروس، بتطوير نظرية القانون. وإبتدع نظريته في العلم القانوني البحت، عرضها في كتابه: "علم القانون البحت Reine Rechtslehre"، التي ظهرت طبعته الأولى في عام 1934 في جنيف، وطبعته الثانية في بركلي 1960، بعد أن أدخل عليها الكثير من التنقيحات والزيادات. وقد كان لكتاب الأستاذ هانس كلسن تأثيراً كبيراً في الدول الناطقة بالألمانية، ونالت نظريته قسط كبير من إهتمام الباحثين وعلماء القانون في أميركا اللاتينية واليابان وكوريا، وفي أخر حياته بدأ نجمه بالسطوع في الفقه الأنكلوأميركي، ويعتبر زميلنا الأستاذ الدكتور ستانلي باولسن Stanley Paulson الأستاذ في جامعة سان لويس في الولايات المتحدة الأميركية أبرز المتخصصين في فلسفة هانس كلسن في العالم.

يرى كلسن أن القانون لكي يكون علماً بحتاً يجب أن تستبعد منه جميع العناصر التي تدخل في علوم أخرى Die Reine Rechtslehre will die Wissenschaft von allen ihre fremden Elementen befreien، وبخاصة تلك التي تتعلق بعلم الأخلاق، كالضوابط الأخلاقية والمثل ومبادئ القانون الطبيعي، لأنها ليست عناصر قانونية. فهو من مؤيدي القانون الوضعي Die Rheine Rechtslehre ist die Theorie des Rechtspositivismus الذي يرفض التحقق من مضمون القانون عادلاً أم غير عادل، ويرى أن أي محتوى تشاء يمكن أن يكون قانوناً، فلا يوجد نشاط إنساني لا يمكن أن يصلح بحد ذاته لان يكون قاعدة قانونية: Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein, es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen waere, zum Inhalt einer Rechtsnorm zu warden. إن دراسة القانون يجب أن تكون

من خلال ضوابط القانون الوضعي فحسب، دون تقييم لمضمونها إنطلاقاً من مقاييس أخلاقية أو مثلية أو سياسية، فمثل هذا يعتبر خلطاً غير دقيق بين الأنواع المختلفة للقواعد التي تنتمي إلى علوم متنوعة، بخلاف ما تتطلبه نظريته في تنقية علم القانون.

يرى كلسن أن القانون ما هو إلا مجموعة من القواعد النموذجية للسلوك الإنساني، وأما علم القانون فيتناول شرح هذه القواعد. ولتحديد القواعد القانونية يستعين كلسن بالتفريق بين العلوم الإنسانية والعلوم الطبيعية، وبمفاهيم التفسير والمعنى. فالقواعد القانونية ليست حقائق ولكنها معاني تتيح لنا أن نفسر الوقائع كونها ــ أي القواعد ــ تحمل معاني. والقواعد القانونية هي قواعد وضعية بإعتبارها تنطبق عند وقوع نشاط إنساني، وليس لكونها موافقة أو مخالفة للأخلاق، وعلى هذا فعلم القانون له أساس واقعي. ومن هنا يجب التمييز بين نوعين من العلوم: العلوم السببية التي تصف الوقائع، والعلوم الضبطية المعيارية التي تصف القواعد الوضعية. وعلى الرغم من هذا فعلم القانون ليس علم واقعي بحت. لأن كل تفسير لواقعة تنظمها قاعدة قانونية يتضمن عناصر واقعية تتجلى في تحديد الواقعة، وعناصر غير واقعية تتجلى في مصدر القاعدة وأساسها. ويعتقد كلسن أن هناك قاعدة تنبثق منها كل القواعد القانونية ما أسماها القاعدة الأساسية Grundnorm، بحيث تعتبر مصدراً لجميع القواعد الأخرى. وتستمد القواعد الأدنى منها الصلاحية والفاعلية. والنظام القانوني ما هو إلا مجموعة القواعد القانونية التي تنبثق من تلك القاعدة الأساسية وهو أي النظام القانوني نظام متدرج من القواعد الترتيبية يشبه الهرم ففي القمة تأتي القواعد التي تنظم إيجاد وخلق القواعد (ما يسمى بالقاعدة الأساسية) وهي دستور

الدولة، ثم تتدرج القواعد القانونية (التشريع، اللوائح والقرارات، القواعد القانونية الفرعية، الأوامر الفردية) على شكل حلقات، بحيث أن كل حلقة منه تستمد من الحلقة الأعلى الصلاحية، والفعالية وتمد الحلقة الأدنى بالصلاحية والفاعلية. فكل القواعد القانونية لها خصوصية أنها تقدر على خلق قواعد أدنى منها ما عدا هذه الأخيرة. ويقول كلسن أن علماء القانون التقليديون لم يستطيعوا رؤية وحدة النظام القانوني. وهذا ما أظهرته نظريته في العلم القانوني البحت بجلاء. فكل قواعد القانون تدور حول إبتداع القاعدة الأساسية وتوجه المعنيين بتطبيقه. وعليه فليس هناك من فرق نوعي بين قواعد القانون الخاص والعام، وهي تفرقة أملتها إعتبارات إيديولوجية معينة تستهدف إعطاء الحكومة بعض الإمتياز وإخفاء أثر التيارات السياسية على علاقات القانون الخاص، مما لا محل له في العلم القانوني البحت. هناك فقط فرق بالدرجة وليس بالنوع بين المستويات المختلفة، فكل القواعد تتضمن درجة من الصلاحية، ولكن صلاحية المشرع أوسع من القاضي، والقاضي أكثر من المكلف بتنفيذ الأمر .

ويختلف القانون عن مختلف الأنظمة الإجتماعية الأخرى في أنه يستند إلى القوة المادية كمؤيد لقواعده. فالقانون وسيلة لإجبار الناس لكي يسلكوا طريقاً معيناً، من خلال التهديد بالقوة. ويرى كلسن أن القانون في نظر رجال القانون التقليديون هو إرادة الدولة، ولكن هذا التحديد يخلق مشكلة بالنسبة لتوصيف قواعد القانون الدولي، لإفتقارها إلى إرادة عليا تفرضه، وكذلك الأمر بالنسبة لقواعد القانون العام، لأنه لا يتصور كيف أن الدولة تفرض إرادتها على نفسها. ولذلك تقوم نظرية كلسن في علم القانون البحت بتصحيح هذه الفهم بتحديد

القانون على أنه مجموعة من القواعد، وتعريف الدولة بأنها وصف أخر وبسيط للنظام القانوني الذي تحقق درجة معينة من المركزية. وهذا يتيح لنا نعتبر القانون الدولي قانوناً حقاً، لأنه لا يعدو أن يكون مجموعة من القواعد التي تتيح استعمال المؤيدات. وعلى أي حال فالقانون الدولي نظام قانوني لا مركزي، مثله مثل القوانين السائدة في المجتمعات البدائية تنبثق قواعده من الأعراف والإتفاقات، وتقرر الدول مؤيداته وتكسبها قوة السريان. وقد تعرضت نظرية الأستاذ كلسن لإنتقادات كثيرة ولا سيما فيما يتعلق بالقاعدة الأساسية (للتوسع أنظر المبحث الأول من الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا الكتاب).

وأخيراً لا بد من الإشارة أن الأستاذ هانس كلسن كان من أشد المدافعين عن الديمقراطية، على الرغم من أنه لم يتردد في تفصيل نقاط ضعفها في مذكراته "حول جوهر الديمقراطية وقيمتها Vom Wesen und Wert der Dimokratie" التي نشرت لأول مرة عام 1920. فالديمقراطية بنظره هي الشكل الوحيد للدولة التي من شأنها أن ترضع ألد أعدائها من صدرها. وكان شغله الشاغل الدفاع عن الحرية ولا سيما حرية الفكر، ضد كل أشكال المس بها أو الأعتداء عليها.

كوستاف رادبروخ
Gustav Radbruch

ولد كوستاف رادبروخ في مدينة لوبك في ألمانيا بتاريخ 1878/11/21. درس الحقوق في جامعات ميونخ وليبزيك وبرلين، وتتلمذ على يد فون ليست في القانون الجزائي وورودلف ستاملر في الفلسفة. نال درجة الدكتوراه في الحقوق على بحثه في نظرية السببية الملائمة بإشراف عالم القانون الجزائي الكبير فون ليست في عام 1902، وبعد عام نال لقب الأستاذية من جامعة هايدلبيرغ على بحثه مفهوم الفعل وأهميته بالنسبة للقانون الجزائي. ثم قام بتدريس القانون الجزائي وفلسفة القانون في جامعة هايدلبيرغ وكونزبك وكيل. وفي هايدلبرغ بدأ حياته السياسية كعضو فاعل في الحزب الإجتماعي الديمقراطي، ثم عضواً في البرلمان الألماني من عام 1920 حتى عام 1924، وفي أثناء فترة عضويته في البرلمان شغل مرتين منصب وزير العدل في جمهورية فايمار. وفي عام 1933 حرم من كرسي الأستاذية في جامعة هايدلبرغ على يد النظام النازي. وبعد سقوط النظام النازي استعاد كرسي الأستاذية، وأصبح عميدا لكلية الحقوق. توفي في هايدلبيرغ عن عمر واحد وسبعين عاماً بتاريخ 1949/11/23.

كتب الأستاذ رادبروخ مؤلفات متميزة أهمها: مقدمة في علم القانون Einfuehrung in die Rechtswissenschaft الذي ظهرت طبعته الأولى في عام 1910، و مقدمة في فلسفة القانون Einfurung in die Rechtsphilosophie، ولعله أكثر كتبه شهرة، ظهرت طبعته الأولى في عام 1914، والثانية عام 1932 تحت

عنوان فلسفة القانون Rechtsphilosophie، ومشروع القسم العام لقانون العقوبات الألماني لعام 1922 Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922، وروح القانون الإنكليزي Der Geist des englischen Rechts عام 1946.

تقوم فلسفة راديروخ بشكل أساسي على تجديد مذهب الفيلسوف كانت أو ما يطلق عليه "مدرسة كانت الجديدة Neukantische Schule" أو "الكانتية الجديدة Neukantianismus"، والتي تقوم على التمييز القاطع بين ما هو كائن وما يجب أن يكون. فمما هو كائن لا يمكن أن ينتج ما يجب أن يكون. ويمكن تشبيه ما هو كائن وما يجب أن يكون بدائرتين مستقلتين مغلقتين بجانب بعضهما البعض Wertbetrachtung und Seinbetrachtung liegen als selbstaendige, je in sich geschlossene Kreise nebeneinander

يعرف رادبروخ القانون بأنه مجموعة القواعد العامة للعيش الإنساني المشترك Inbegriff der generallen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben، وهو بنفس الوقت "الواقع الذي ينطوي على معنى خدمة العدالة Recht ist die Wirklichkeit, die Sinne hat, der Gerechtigkeit zu dienen". وبهذا يجسد رادبروخ الفصل التام بين ما هو كائن، وما يجب أن يكون، ويؤكد على أن القانون في النهاية منتج ثقافي Kulturprodukt. ويرى رادبروخ أن القانون علم معياري تجريبي، إنه معرفة الأشياء الخيرة والشريرة، العدل والظلم. يفضل رادبروخ التصنيف الثنائي فيفرق بين القيم والحقائق، ما هو كائن وما يجب

أن يكون، بين العلوم المعيارية والعلوم التجريبية. والقانون بالنسبة لرادبروخ هو علم تجريبي بالنظر إلى مشاكل التعايش الإنساني، وهو بنفس الوقت علم معياري بالنظر إلى مثل القانون: الحق والعدل والإستقامة. ويعطي رادبروخ لفلسفة القانون أهمية بالغة ويقول في ذلك: "إن التغييرات السياسية العظيمة قد مهد لها أو اقترنت بنظريات فلسفية قانونية"، ويستعين بعبارة ستاملر "أنها علم القانون الصحيح". تكمن أهمية فلسفة القانون بأنها تعكس الأبعاد المعيارية الموجودة في الأنظمة القانونية والتي تعتبر نموذجا ثقافيا خاصا أو هوية. إن هذا البعد المعياري يفرض على فلسفة القانون أن ترتبط بأهداف وقيم القانون وبمفهوم القانون وفكرة القانون المثالي. إن فلسفة القانون تقود بشكل طبيعي وفقاً لتصوره إلى السياسة القانونية. والتي هي نوع من إختبارات إمكانية تحقيق القانون العادل والمثالي. ويرى أن العدالة هي المعيار الأسمى للقانون الوضعي، إنها غاية المشرع. والعدالة عند رادبروخ فكرة معيارية ترتكز على بالدرجة الأولى على حق المساواة.

ويقيم رادبروخ تفريقه بين الأخلاق والقانون على أساس إختلافين الأول أن الأخلاق تنتمي إلى عالم ما يجب أن يكون، وأما القانون فينتمي إلى عالم ما هو كائن، والثاني أن الأخلاق تتحدد بإرادة حرة، أما القانون فيتحدد من إرادة مقيدة.

ويعتبر رادبروخ من أشد مؤيدي المذهب الوضعي، ولكنه سرعان ما عدل عن رأيه تحت تأثير تجربة الحكم النازي في ألمانيا. وقد كتب بعد الحرب العالمية الثانية عبارته المشهورة، والتي صارت تعرف بين علماء فلسفة القانون بصيغة رادبروخ والتي تقول:" إن النزاع بين العدالة من جهة والقانون أو الثقة بالقانون من

جهة ثانية يجب أن يحسم بأن يكون للقانون الوضعي الذي يحوز المشروعية والسريان، الأولوية حتى ولو كان مضمونه جائراً وغير صالح. وإذا بلغ تعارض القانون الوضعي مع العدالة حداً لا يمكن تحمله فمن المفروض أن يخلي القانون بوصفه قانوناً باطلاً مكانه للعدالة. Der Konflikt zwischen der Gerichtigkeit und der Rechtssicherheit duerfte dahin zu loesen sein, dass das positive, durch Satzumg und Macht gesicherte Recht auch dann Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungericht und unzwegmaessig ist, es sei denn, dass die Wiederspruch des positiven Gesetzes zu Gerichtigkeit ein so untragliches Mass erreicht, dass das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerigtigkeit zu weichen".

على أن زميلنا الياباني الجنسية الأستاذ الدكتور أداتشي Adachi والمتخصص في فلسفة كوستاف رادبروخ يرى خلافاً للرأي السائد في الفقه، بأن فلسفة رادبروخ ككل حتى قبل الحرب العالمية الثانية تتفق تماماً مع موقفه بعد تجربة الحكم النازي، وذلك انطلاقاً من تعريف رادبروخ للقانون بأنه "الواقع الذي ينطوي على معنى خدمة العدالة Recht ist die Wirklichkeit, die Sinne hat, der Gerechtigkeit zu dienen". فالعدالة هي الهدف النهائي للقانون.

آلف روس
Alf Ross

ولد الف نيلس كريستيان روس Alf Niels Christian Ross في كوبنهاكن بتاريخ 1899/6/10، درس الحقوق في جامعات كوبنهاكن Copenhagen وأوسلو Oslo واوبسلا Uppsala، وحصل منها على درجات دكتوراه، عين أستاذاً للقانون في جامعة كوبنهاكن، وظل فيها حتى استقال. بين عامي 1959 و 1972 أصبح عضواً في المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان. توفي بتاريخ 1979/8/17.

وضع الأستاذ روس عدة مؤلفات قانونية قيمة ولعل أهمها: نقد المعرفة العملية Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis عام 1933، وعلم القانون الواقعي Towards Realistic Jurisprudence عام 1946، وفي القانون والعدالة On Law and Justice عام 1958، الإيعاز والقاعدة Directives and Norms عام 1968، ومؤلفه في الذنب والمسؤولية والعقاب On Guilt, Resposibility and Panishment عام 1075.

يعتبر الأستاذ روس أحد أبرز المساهمين في قيام المدرسة القانونية الواقعية الإسكندنافية. وواحد من أهم علماء فلسفة القانون في النصف الثاني من القرن العشرين، ومن المؤيدين لفلسفة الأستاذين هانز كلسن وهيربرت هارت. له تأثير كبير على الفقه القانوني الإسكندنافي. ويعتبر بحق إلى جانب الأستاذين كارل اوليفر كرونة Karl Olivecrona (1897 ـ 1980) وأكسل هيكرشتروم Axel

Haegerstroem (1939 -1868) أبرز علماء القانون الإسكندنافيين في القرن العشرين.

يعتقد الأستاذ روس أن المشكلة الأساسية تكمن في تحديد ما هو القانون؟ وما هي المعرفة القانونية؟ (What is the Law? What is legal knowledge?). ويرى بأنه ولأسباب معرفية ليس هناك إمكانية للإقرار بوجود معيار محدد مسبقاً للقانون، والأمر الحاسم هنا هي الخبرة. ويرفض التصنيف الثنائي للقانون إلى القانون كما هو كائن والقانون كما يجب أن يكون ("is" and "ought") ويرى أن الفلسفة القانونية يجب أن تقوم على الواقع، لا على شيء غير الواقع. والإعتماد على الواقع يؤدي إلى عدم إطلاق أي حكم على مضمون القاعدة القانونية، فالقاعدة القانونية ليست صحيحة وليست خاطئة، هي في حقيقة الأمر مجرد إيعاز أو توجيه The legal rule is neither true nor false; it is a directive. وهي موجهة للقاضي لا إلى المواطنين المخاطبين بها. ويدعي أنه يجب البحث في الظواهر القانونية أكثر من القانون الوضعي.

وعلى أرضية هذا التفكير يرفض الأستاذ روس القانون الطبيعي، فالقانون الطبيعي برأيه مثله مثل بائعة الهوى في متناول الجميع. ويرى أنه من غير الواضح ماذا نعني بالقانون الطبيعي، فنحن في ذلك نعتمد فقط على النظرة الشخصية، فليس هناك طريقة لتحديد أي من بين الأفكار المحتملة الكثيرة هي الصائبة، مما يفتح الباب على مصراعيه للحكم الذاتي والتوجهات العقائدية.

وتقوم فرضية روس لتفسير مفهوم سريان القانون من حيث المبدأ على نفس المنوال في تحديد وشرح مفهوم سريان قاعدة لعبة الشطرنج Valid norm of chess. ولكن كيف يمكن تفريق مضمون القاعدة بوصفها قاعدة قانونية عن مضمون القواعد الأخرى مثل قواعد لعبة الشطرنج؟ يجيب روس بالقول إن القواعد القانونية في دولة ما هي تلك القواعد المكرسة من أجل إقامة أجهزة الدولة وتسير شؤونها بالإكراه Rules of establichment and functioning of the state machnnery of force.

لون فولر
Lon Fuller

ولد لون فولر Lon Fuller في مدينة هيرفورد في الولايات المتحدة الأميركية بتاريخ 1902/7/15، درس الحقوق في جامعة هارفرد، حصل على درجة الدكتوراه في الحقوق عام 1926 وبعد تخرجه قام بتدريس الحقوق في جامعة إلينوي، عين أستاذ علم القانون في جامعة هارفرد 1940، وبقي في هذا المنصب حتى عام 1978. توفي في ولاية تكساس بتاريخ 1978/4/8.

يعتبر الأستاذ لون فولر Lon Fuller من أبرز أعلام مدرسة القانون الطبيعي في القرن العشرين. من أبرز مؤلفاته: بنية القانون Anatomy of the Law الذي نشر عام 1968، وأخلاقية القانون The Morality of the Law الذي نشر عام 1969، وكتابه مبادئ النظام الإجتماعي The Principles of Social Order الذي نشر عام 1981.

تجلت مساهمة الأستاذ لون فولر Lon Fuller في علم القانون الإجتماعي ومنهج القانون الطبيعي في مفهومه لكل من القانون والأخلاق، وعلاقتهما مع بعضهما البعض، والتي تختلف بشكل كبير عن المفاهيم التقليدية التي سادت في فلسفة القانون قي القرن التاسع عشر.

فهو يعتقد أولا بأن جهد الوضعيين للفصل بين ما هو كائن، وما يجب أن يكون جهد غير فعال، نظراً لكونهما يتفاعلان مع الوضع الإجتماعي المتغير

(الديناميكي) بحيث لا يمكن الفصل بينهما، إلا بشكل مجرد أو بالمعنى التحليلي البحت. وهو ثانياً يضيف نوع مختلف من الأخلاق، الذي يجب أن يميز عن الأخلاق الواجبة، هي أخلاق الطموح والإبتغاء، أي تلك التي تنطوي على تحديد ميزان أخلاقي كصلة بين الواجب والمراد The morality of aspiration involves locating the pointer on the moral scale as a continuum between duty and aspiration، ويدعي ثالثا أن الأخلاق يجب أن تنفصل عن الجوانب المختلفة، سواء كانت داخلية أو خارجية، أو ما يسميها الأخلاق الخارجية والأخلاق الداخلية External and internal morality. فالأولى هي الأخلاق المجردة السليمة والثانية هي الأخلاق الوظيفية.

يرى الأستاذ لون فولر Lon Fuller أن غاية القانون تكمن في أنه يحدد ضوابط التفاعل الإجتماعي. فيؤكد أن الغرض هو إخضاع تصرفات الإنسان لأحكام القواعد القانونية The purpose of law is to subject human conduct to the governance of rules. ويرى أن إمكانية إطاعة القانون تنبثق من شرعيته وأن مبدأ الشرعية يتطلب ثمان أسس هي: أن يسن القانون على شكل قواعد (1) عامة generality (2) معلنة promulgated ليست سرية (3) متوقعة prospective (4) تصدر بأثر مباشر noncontradictory أي غير رجعية الأثر (5) لا تتغير بسرعة not so rapidly changed (6) واضحة بشكل مفهومي reasonably clear (7) ممكنة التحقيق possible of performance وأخيرا (8) أن تتطابق القواعد المعلنة مع القواعد المطبقة congruence between the rule as announced and the rule as applied. إن مبادئ المشروعية هذه هي ما يدعوها الأخلاق الداخلية في القانون،

فلا يمكن أن يحظى القانون بالمشروعية إذا كان غير متجسد في قواعد أو غير معلن أو غير واضح A law is unlikely to enjoy much legitimacy if it is unstated, unknown, or unclear. فهذه المبادئ كما يدعي الأستاذ فولر تمثل الأخلاق الداخلية في القانون internal morality of law، ويقود الإلتزام بها إلى سن قوانين عادلة.

وقد نازع الأستاذ هارت أن يكون إدعاء فولر بأن مبادئ الشرعية هي الأخلاق الداخلية للقانون قائلاً أن مبادئ الشرعية ليست سوى إرشادات من أجل سريان القانون.

هيربرت هارت

Herbert Lionel Adolphus Hart

ولد هيربرت ليونال ادولفس هارت في مدينة هاروغيت في إنكلترا بتاريخ عام 1907/7/18. ودرس الحقوق في جامعة اوكسفورد. وبعد تخرجه إنتسب إلى نقابة المحامين في عام 1932. وقضى ثماني سنوات في ممارسة مهنة المحاماة. ثم عمل محاضراً في قسم الفلسفة بجامعة اكسفورد. وفي عام 1952 شغل كرسي الأستاذية في القانون في جامعة اكسفورد حتى استقال عام 1978 توفي في أوكسفورد بتاريخ عام 1992/12/19.

منذ عين محاضراً بدأ هارت يبرز فكرته حول القانون. ففي عام 1953 كتب محاضرات بعنوان: التعريف والنظرية في علم القانون Definition and theory in Jurisprudence، ثم نشر في عام 1955 مقالة بعنوان: هل هناك أي قانون طبيعي؟ Are There Any Natural Rights?. ولعل أهم مساهمة للأستاذ هارت في نظرية القانون تجلت في كتابه الذي نشره علم 1961 بعنوان: مفهوم القانون The Concept of Law، والذي عرض فيه عرضاً تحليلياً مفهومه للقانون، ودافع فيه عن المذهب الوضعي، الذي كان قد أيده في مقالة بعنوان المذهب الوضعي والفصل بين القانون والأخلاق Positivisms and the Separation of Law and Morals، رد فيها على الأستاذ لون فولر في جامعة هارفرد. ونشر في مجلة هارفرد للقانون عام 1958 Harvard Law Review. بالإضافة إلى مقالات وأبحاث أخرى منها: السببية في القانون عام 1959 Causation in The Law، والقانون والحرية

والأخلاق Law, Liberty and Morality عام 1963، والعقوبة والمسؤولية Punishment and Responsibility عام 1967، ومقالات حول بنتام Essays on Bentham عام 1982.

يرى هارت أن المهمة الرئيسة لرجال القانون هو تحليل مفهوم القانون. وفي سياق تحليله للقانون يستعين هارت في تحديد وتعريف المصطلحات القانونية من خلال النظر كيف نستخدم اللغة لتنظيم المسائل السياسية والقانونية في حياتنا. ينكر هارت التصور التقليدي بأن القانون يمكن أن يعرف من خلال تحديد الشروط اللازمة والكافية لتطبيقه. ويرى أن تعريف اوستين للقانون بأنه مجموعة من الأوامر العامة الواجب إطاعتها تصدر عن سلطة عليا سياسية وتفرض عن طريق التهديد بالعقوبات، لا يبين الخصائص الجوهرية للنظام القانوني. هو تعريف قاصر لأنه لا يشرح مؤسسة القانون العرفي Common Law، ولا حتى بعض قواعد القانون الخاص والعام، والتي هي في الواقع ليست أوامر، بل واجبات أو صلاحيات، كما ينكر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي، لأنه يفتقر لسلطة فوق الدول تشرع أحكامه. كل هذا يجعل مفهوم اوستين للسلطة على أنها مصدر كل فروع القانون تتجاهل حقيقة جوهرية أن السلطة هي وظيفة ضمن النظام القانوني. وعليه فلا تعبر بل لا تصلح فكرة اوستين أن تكون فكرة عامة للقانون.

ويرى هارت أن القانون هو شكل معقد من القواعد الناظمة للسلوك المعياري. أن فهم كيف تحدد وتنظم القواعد القانونية السلوك المعياري هو جوهر المفهوم القانوني عند هارت. والقانون ليس مجرد طريقة للتنظيم الإجتماعي، بل

منهج معين لتنظيم المجتمعات الإنسانية بواسطة مجموعة من قواعد السلوك المعياري لإرشاد المواطنين. ولفهم النظام القانوني يجب التمييز بين نوعين من القواعد الأولية والقواعد الثانوية primary rules and secondary rules. والقواعد الأولية هي القواعد التي تفرض التزامات، وأما القواعد الثانوية فهي القواعد التي تمنح صلاحيات Rules of the first type impose duties, rules of the second type confer powers، كما يجب التمييز بين وجهة النظر الداخلية ووجهة النظر الخارجية external and enternal point of view، متأثراً بذلك بالأستاذ الألماني ماكس فيبر الذي يميز بين وجهة نظر رجل القانون ووجهة نظر عالم الأجتماع عند النظر إلى القانون، وهذا يوافق التفريق بين منظور المشترك ومنظور المراقب عند الأستاذ روبرت أليكسي. ويعتقد هارت بوجود قاعدة أساسية سماها قاعدة الإقرار Rule of Recognition ينبثق عنها النظام القانوني برمته. "إن قاعدة الإقرار تحدث فقط بشكل معقد، ولكنها تتفق بشكل طبيعي مع عمل المحاكم وعمل الأشخاص العاميين والخاصين عند تحديد القانون بالرجوع إلى معيار خاص. إن وجودها مسألة واقع. The rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact". وينكر هارت وجود قانون طبيعي ليتحرر من التصور المسابق لنا عن القانون الأخلاقي. ويتفق مع القائلين بمذهب القانون الوضعي في الفصل بين الأخلاق والقانون Separation of Law and Morals، فيرفض تجريد القواعد القانونية التي تجافي العدالة من الطابع القانوني، ولا يشترط أن تكون قواعد القانون

متطابقة مع المبادئ الأخلاقية، ويرفض أن تفرض الأخلاق بحد ذاتها بقوة القانون، كما يرفض المذهب الأخلاقي القانوني.

وقد تعرضت أفكار هارت للنقد سواء ما يتعلق بأساس التفريق بين القواعد القانونية الأولية وبين القواعد القانونية الثانوية أو ما يتعلق بقاعدة الإقرار أو الفصل بين القانون والأخلاق ...الخ. وأبرز هذه الانتقادات كانت من قبل الأستاذ رونالد دوركن Ronald Dworkin (الأستاذ الذي خلف هارت في توليه كرسي الأستاذية في علم القانون بجامعة أوكسفورد) في كتابه The Model of Law ومقالات أخرى طبعت في كتاب تحت عنوان Taking Rights Seriously وفي كتابه Law's Impire.

مراجع الملحق

فيما يلي نبين أهم المراجع التي استقينا منها المعلومات الواردة بالملحق:

Craig, E., Routledege Encyclopedia of Philosophy, 10 vol., London & New York: 1998

Durant, W., Story of Philosophy: The Lives and Opinions of the World S Greatest Philosophers from Plato to John Dewey، New York, London, Toronto, Sydney and Singapore: Washington Square Press, M1953

Edwards, P., The Encyclopedia of Philosophy, 8. vol. New York: Macmillan Publishing Co., 1967

Fuller, L. Lon, The Morality of Law, New Haven and Londen, Yale University Press, 1969

Gary, C. B., The Philosophy of Law, An Encyclopedia, 2. vol. New York & London Garland Publishing, Inc. 1999

Hart, H. L. A., The Concept of Law, Second Edition, Oxford, Claarendon Press:1994

Holmes, Oliver Wendell, Commen Law, University of Toranto Law School, Typograhical Society, 2011.

Kant, I., Methaphysik der Sitten, Herausgegeben von Karl Vorlaender, Hamburg: Verlag von Felix Meiner, 1959

Kelsen, H., Die Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig, Wien: 1934

Kleinheyer, G., Schroeder, J., (Herg.), Deutsche und Europaeische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Mueller Verlag 1996

Mittelstrass, J., Enzyklopaedie Philosophie und Wissenschaftstheorie, 8 Bde:, Stuttgart, Weimar: Verlag J.B. Metzler, 1996

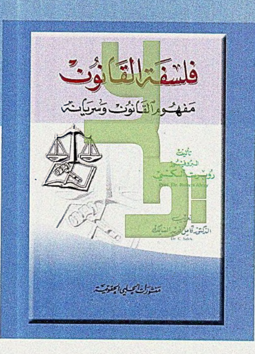
Radbruch, G., Rechtsphilosophie, Heidelberg: Studienausgabe, 1986

مرقص، سليمان، فلسفة القانون دراسة مقارنة، بيروت: دار صادر 1999

تم بعون الله تعالى



محتويات الكتاب





ISBN 9953-462-97-6

9 799953 462976

منشورات الحلبي الحقوقية

فرع أول: بناية الزين - شارع القنطاري - قرب تلفزيون إخبارية المستقبل
هاتف: 364561 (1-961+) هاتف خلبوي: 640821 - 640544 (3-961+)
فرع ثاني: سوديكو سكوير هاتف: 612632 (1-961+) - فاكس: 612633 (1-961+)
ص.ب. 11/0475 بيروت - لبنان
E-mail: elhalabi@terra.net.lb - www.halabi-lp.com